LE LEGGI CIVILI PER LO REGNO DELLE DUE SICILIE ... GIUSEPPE MIRAGLIA: 1



LE LEGGI CIVILI

PER

LO REGNO DELLE DUE SICILIE

RAVVICINATE

NELLE LORO DISPOSIZIONI E CON QUELLE CONTENUTE NELLE ALTRE PARTI DEL CODICE

ED ESPOSTE

CON LE DISCUSSIONI E COL DRITTO CONTROVERSO

DALL' AVVOCATO

Giuseppe Miraglia

TOMO I.





NAPOLI

Stabilimento Tipografico all'insegna dell'Ancora

VICO MAJORANI AI GEROLOMINI N. 43

1841

AVVERTIMENTO

Quest' opera divisa in due grossi volumi in ottavo grande contiene il comentario alla prima parte del nostro Codice, *le leggi civili*. È preceduta da un discorso storico sulla legislazione e giurisprudenza napoletana, dalla caduta dell' impero di Occidente sin oggi.

Il testo delle *leggi civili* vi è riportato senza interruzione, e'l comentario è collocato nelle note appiedi del testo di ciascun articolo.

Gli elementi del comentario sono:

1.° I paratitli, ossia il ravvicinamento fra i diversi articoli delle *leggi civili* e le altre parti del codice. Questo ravvicinamento è posto a fronte di ciascun articolo delle *leggi civili*; e per amore di brevità gli articoli citati senza alcuna indicazione sono quelli delle *leggi civili* medesime: gli articoli delle altre parti del codice sono citati

Procedura civile, p. p., o *proc. civ.*
Leggi penali, *ll. pp.*, o *leg. pen.*
Procedura penale, *p. p.*, o *proc. pen.*
Leggi di eccezioni per gli affari di commercio, *L. di eccez.*

2.° La storia del dritto, in quanto concerne a deciferare i principî della nuova legislazione:

3.° La genesi degli articoli estratta dalle discusioni del consiglio di Stato di Francia, dalle osservazioni del Tribunato, e da' motivi. È occorso quindi citare questi documenti riuniti da Locré, e si è fatto uso della edizione di Bruxelles, *1838*, *edizione Tarlier*:

4.° Il dritto controverso, e si citano per la discussione le opinioni degli antichi e nuovi giureconsulti, e le decisioni dei Tribunali.

5.° Finalmente le modificazioni e dilucidazioni portate alle *leggi civili* da' Decreti e sovrani rescritti.

INTRODUZIONE

DISCORSO STORICO DELLA LEGISLAZIONE E DELLA GIURISPRUDENZA NAPOLETANA DALLA CADUTA DELL'IMPERO DI OCCIDENTE SIN OGGI.

1. Il dritto canonico, il dritto feudale, il dritto civile formavano la triplice base della legislazione Europea prima del secolo decimonono. Questo concorso di elementi religiosi politici civili contiene il germe fecondo de' movimenti progressivi dell'attività sociale; e venne tempo in cui i legislatori ricuperato avendo tutta la forza governativa poterono con buone istituzioni far sentire a' popoli i benefizi di una completa legislazione.

Discorrere la storia della legislazione e della giurisprudenza che ne è derivata, è un lavoro eminentemente proprio a dimostrare come le nuove istituzioni ànno il loro elemento intuitivo nelle antiche. Imperciocchè le leggi seguono lo stato politico e morale delle nazioni, e le considerazioni del passato mettono in veduta che le nuove istituzioni non essendo derivate dal capriccio e con una ingiuriosa reminiscenza delle antiche cose, si riattaccano a' vecchi ordinamenti civili, e sono il frutto delle severe meditazioni di que' venerandi dotti dell'antichità, che co' loro profondi studî prepararono le grandi progressive riforme, e che ostacoli politici impedirono agli stessi legislatori di prima eseguire.

A noi adunque è parso convenevole, prima di esporre l'oggetto del nostro lavoro, di percorrere la storia della legislazione, a cominciare dalla caduta dell'impero di Occidente, e di descrivere i fasti gloriosi della giurisprudenza napoletana, la quale, malgrado la diversità de' governi e delle circostanze, si riattacca a' medesimi principî delle altre legislazioni di Europa. Sarà indi ben facile il conoscere lo spirito della nuova legislazione, il cammino seguito dalla nuova scuola e le cause della incertezza dell' attuale giurisprudenza.

CAPITOLO I.

DEL DRITTO CANONICO.

2. Caduto l'impero romano, l'Europa rimase invasa da' barbari; ma la Chiesa cristiana lungi dal soggiacere a tal disastro, si difese vigorosamente contro la barbarie, che anzi conquistò i barbari, e divenne il ligame il mezzo il principio della civilizzazione tra il mondo romano e 'l mondo barbaro. Imperciocchè la Chiesa avendo il suo governo, il clero, una gerarchia, esercitava un potere morale per la salute della umanità, e fu la prima a mettere l'ordine e l'equità nell'amministrazione della giustizia. Ed è bello il vedere come Giustiniano che tanto protesse la Chiesa cristiana, ordinò che i Vescovi e gli ecclesiastici fossero i primi magistrati municipali: costoro governavano con uno zelo senza pari, e lungi dal servirsi della forza materiale, la loro forza riposava sulla convinzione, su'sentimenti de' fedeli, sul potere morale.

Man mano la Chiesa, intesa al miglioramento dello stato sociale, dette le prime idee di un governo regolare, e fu necessità di considerarla nella sua interna costituzione, ne'rapporti col potere temporale e con quello de'popoli. Determinare adunque le condizioni ed i gradi del sacerdozio, le leggi della gerarchia, le censure e le pene della disciplina, la maniera di acquistare i benefizî, la natura delle cose sacre, de'tempî, degli altari, delle cappellanie, delle campane e di tutt'i beni ecclesiastici fu oggetto de'Romani Pontefici. Lo stato ecclesiastico posto in tanto splendore, fu riconosciuto per le Chiese e le comunità religiose il dritto di acquistare beni temporali, esenti finanche per ispeciale concessione de' Principi da' pubblici tributi.

Un corpo di dritto dovea essere un necessario risultamento di questa situazione della Chiesa. La scrittura, le tradizioni, i concilî, le decretali, le costituzioni e le bolle de'Pontefici, ed in fine le leggi emanate dalla stessa autorità temporale concorrevano a formare il corpo del dritto canonico, *jus canonicum*, che intimamente avea un ligame con la ragion civile, offrendo de' frammenti del codice Teodosiano, delle compilazioni Giustinianee, de' capitoli de' Re di Francia, delle leggi degl' imperadori di Alemagna e de'Sovrani d' Italia.

3. Una legislazione sì necessaria all'Europa cristiana non ebbe contemporaneamente una compilazione uniforme, nè poteva sorgere completa.

Senza intrattenerci sulla prima collezione de'canoni del 385 attribuita a Stefano Vescovo d' Efeso, che conteneva un complesso di regolamenti che obbligavano per sola forza della religione e non per temporale costringimento; nè sulla collezione fatta nel primo anno dell' impero di Giustiniano da Dionigi il Piccolo monaco Scita abitante in Roma, la quale ebbe tutta l'autorità e'l vigore; nè su quella sotto il nome d' Isidoro Peccatore o Mercatore compilata nel 752; è pregio dell'opera riferire le successive collezioni che contengono quello che per antonomasia dicesi *corpo del dritto canonico*.

Il corpo del dritto canonico si compone nelle seguenti sei collezioni:

1.° Del decreto di Graziano;

2.° Delle Decretali di Gregorio IX;

3.° Del *Sesto*, ossia sesto libro delle Decretali;

4.° Delle Costituzioni Clementine;
5.° Delle Estravaganti di Giovanni XXII;
6.° Delle Estravaganti comuni.

4. Il Decreto di Graziano, riputato la principal parte della ragion canonica, contiene una raccolta di canoni fatta in Bologna sotto il Pontificato di Eugenio III, da Graziano monaco dell'ordine di S. Benedetto: comparve nel 1151, al tempo in cui risorgendo lo studio della giurisprudenza romana, maggiore impulso si dava agli studî forensi. Questa raccolta è intitolata *Concordia discordantium canonum*, ed è divisa in tre parti. La prima contiene in cento ed una distinzioni i principî e quanto concerne il dritto canonico in generale, non che i dritti e ragioni delle persone ecclesiastiche, sotto il titolo di *Distinzioni*. La seconda, composta di trentasei cause, ragguarda a'giudizî ed a'negozî ecclesiastici, ed è intitolata le *Cause*. La terza, distinta in cinque distinzioni, à per titolo, *della Consecrazione*, perchè riguarda quanto appartiene allo stato ecclesiastico, a' Sacramenti, a'riti, alle ordinazioni e consecrazioni.

Quest'opera, quantunque ricevuta con gran plauso, conteneva un'infinità di errori, e due giureconsulti francesi Antonio Democare ed Antonio Conzio cominciarono a rimarcarli; ma dopo il concilio di Trento, alcuni Cardinali e dottori si accinsero per ordine di Pio IV alla impresa della emendazione del decreto di Graziano: tal lavoro fu continuato sotto Pio V, ed ebbe il compimento nel 1580 sotto il Ponteficato di Gregorio XIII.

5. Dopo Graziano, i romani Ponteflci si occuparono a gara di compilare una legislazione ecclesiastica.

Alessandro III fece una prima collezione delle Decretali.

Alessandro IV ne fece una seconda.

Innocenzo III ordinò una terza collezione delle decretali, e questa può dirsi la prima raccolta del *jus pontificio* eseguita nel 1210 con pubblica autorità da Pietro Beneventano.

Passati cinque anni, coll'occasione del concilio tenuto in Laterano, si fece sotto il medesimo Pontefice nel 1215 una quarta compilazione delle decretali, nella quale furono aggiunte tutte le decretali e rescritti, che per lo spazio di que'cinque anni eransi emanati.

Onorio III successore d'Innocenzo III, nel 1227 fece eseguire una quinta collezione delle decretali, nella quale furono unite le sue costituzioni e quelle d'Innocenzo III. Questa collezione fu eseguita da Tancredi diacono di Bologna.

La sesta ed ultima compilazione della quale si fa uso oggidì, fu eseguita per ordine di Gregorio IX nel 1230. Questo Pontefice ad imitazione di Giustiniano volle, che risecate le altre costituzioni de'Pontefici suoi predecessori, le quali non erano più confacenti a'suoi tempi, s'inserissero in questa raccolta le sue e le altre de'suoi predecessori, ch'egli stimò più a proposito. Divise l'opera in cinque libri, e seguì lo stesso metodo da Triboniano tenuto nella compilazione del codice Giustinianeo. Prepose a tale compilazione una constituzione, con la quale comandò a tutti che solamente di questa compilazione si servissero così ne'giudizî, come nelle scuole; proibendo altresì con molto rigore di eseguirsene un'altra senza licenza della Sede Apostolica. Questa compilazione fu con ardore ricevuta in Europa, ed i professori si mossero a chiosarla ed insegnarla. E sotto il Ponteficato di Gregorio XIII, le decretali furono, come il decreto di Graziano emendate, e comparve la edizione molto vantata di Pietro Piteo.

6. Dopo la compilazione delle decretali di Gregorio IX non tralasciarono gli altri Pontefici di stabilire altre loro costituzioni, e Bonifacio VIII nel 1298 ordinò una compilazione di decretali, la quale considerata come un appendice al volume delle decretali di Gregorio IX, si chiamò il *Sesto*, cioè il sesto libro delle decretali. Questa compilazione è divisa in cinque libri, e contiene la raccolta delle costituzioni de'Pontefici posteriori a Gregorio IX, non che i decreti de' due concilî generali tenuti in Lione, uno nel 1245 sotto Innocenzo IV, e l'altro nel 1274 sotto Gregorio X.

7. Comparvero nel secolo XIV nuove compilazioni del dritto Pontificio. Clemente V stando in Avignone riunì nel 1313 in cinque libri le sue costituzioni e quelle stabilite nel concilio di Vienna; ma la morte avendolo impedito di pubblicarle, non fu che circa quattr'anni dopo, che il suo successore Giovanni XXII le fece pubblicare nel mese di ottobre 1317, ordinando con sua bolla che quelle si ricevessero non meno nelle scuole, che ne' tribunali. Le persone, le cose, i giudizî formano egualmente il subbietto di questa compilazione, che sortì due nomi, di *Clementine* dal nome del suo autore, e di *Settimo* delle decretali, per non confonderle col *Sesto*.

8. Giovanni XXII volle alle costituzioni di Clemente aggiungere venti altre delle sue, le quali vagando senza ordine fuori del corpo delle altre raccolte, furono chiamate *Estravaganti* di Giovanni XXII, e *Joannine* vennero chiamate da Cujacio e da altri. Nel 1340 furono ridotte a compilazione che costituisce un libro, diviso in quattordici titoli e suddivisi in capitoli. Riguardano le persone, le cose ed i giudizî ecclesiastici.

9. Ad esempio di Giovanni XXII gli altri Pontefici stabilirono delle altre costituzioni, a contare da Urbano IV fino a Sisto IV. Riunite queste costituzioni furono pubblicate verso l'anno 1484, e la raccolta denominata *Estravaganti comuni* fu al corpo del dritto pontificio aggiunta, ed ebbe non meno che le decretali i suoi glosatori e comentatori. Le Estravaganti comuni terminano il corpo del dritto canonico.

10. In questa codificazione successiva, i Pontefici vollero rivalizzare col dritto romano. Così diedero la forma delle pandette al decreto di Graziano, del codice alle Decretali: il Sesto, le Clementine e le Estravaganti furono redatte sul piano delle novelle di Giustiniano. E perchè niente mancasse, Paolo IV ordinò nel 1580 a Lancellotti di redigere le *Instituta* del dritto canonico per servire di manuale alla gioventù delle università.

11. Il dritto canonico à esercitato una influenza sul dritto civile. I professori vi si applicarono non meno di quello, e ne' tribunali s' invocava non solo in ciò che non era espresso nel dritto civile, ma anche nelle quistioni ch' erano una dipendenza immediata de' canoni della Chiesa. Quantunque complicata, la legislazione canonica contiene un gran deposito di massime di equità, ed è stata una delle legislazioni che abbia contribuito non poco ad illuminare l'Europa ed a perfezionare la sua giurisprudenza. Taluni è vero, imbevuti delle idee del tempo, considerano il dritto canonico come il nemico del dritto civile, ed un'arma potente dello spiritualismo per esercitare influenza sulle coscienze e sugl' interessi temporali; ma questo pensiero à meritato tutta l'animadversione de' veri dotti che ànno considerato la storia delle legislazioni sotto il rapporto della civilizzazione e de' principî sociali. Robertson, il quale non era un uomo di pregiudizî, nella sua *introduzione alla storia di Carlo V*, e Guizot personaggio assai noto nel mondo

politico e letterario, nella sua celebre *storia della civilizzazione di Europa*, ànno dottamente esaminato come il dritto canonico abbia contribuito a perfezionare le legislazioni di Europa. Tutti gli sforzi della stessa eresiarca non bastarono a svellere neppure tra i protestanti l'autorità del dritto canonico, che anzi essa fu da loro conservata, e con più larghezza, attesta Blackstone, forse che non altrove, presso gl'Inglesi.

Ed in vero è innegabile la influenza esercitata dalla legislazione canonica sulle idee, su'sentimenti, su'costumi pubblici, su'giudizî, sul miglioramento dello stato sociale. È innegabile come i patti tra il Sacerdozio e l'Imperio, massime nel secolo decimo guardarono a vasto scopo, ed i Pontefici Romani furono dalla forza della religione chiamati a tenere il freno intellettuale della civiltà de'popoli di tutta l'Europa.

In mezzo alle tenebre che coprivano l'Occidente, e mentrechè il dispotismo e l'anarchia si dividevano le città ed i regni, la Chiesa conservava la memoria de' passati tempi; conservava altresì per l'epoche più felici la lingua del popolo re, la sola che potesse esprimere le grandi idee della morale, e su cui il genio della legislazione avea inalzato i più bei monumenti.

Si dia uno sguardo alla schiavitù, che à tanto afflitta l'umanità. Ebbene! si deve alla eguaglianza religiosa proclamata dal dritto canonico, che in Europa man mano si è vista abolita, ed oggi i governi fanno onorevolmente a gara per la soppressione dell'abominevole traffico degli schiavi.

Le pagine della storia sono tinte di sangue per le guerre continue accompagnate da violenza pubblica e privata. Pel più leggiero motivo si vedevano frequenti volte intere famiglie dichiararsi una guerra che durava per molte generazioni, e l'Europa era piena di discordie cagionate da tali ostilità. Nell'impotenza delle leggi e de' governi, impiegò sovente la Chiesa l'utile sua preponderanza per ristabilire la tranquillità: molti Concilî aveano interdetto la guerra tra particolari per quattro giorni la settimana, ed i loro decreti aveano invocato la vendetta del cielo contro i perturbatori del pubblico riposo. Le vedove, gli orfani, i mercanti, i lavoratori furono posti sotto lo scudo della religione, e fu statuito che le Chiese sarebbero tanti asili inviolabili, e che le croci collocate lungo le strade sarebbero parimente un rifugio contro la violenza. Gran trionfo adunque della religione fu l'aver potuto stabilire gl'indugî, che chiamaronsi *Tregue di Dio*, e l'umanità e la ragione dovettero applaudire a tanti salutari decreti. La Chiesa con le tregue di Dio luttò contro l'impero della forza ed introdusse nella società più ordine e dolcezza. Così si vidde nel secolo nono l'imperatore Ludovico II nella spedizione verso Benevento promulgare alcune leggi per l'Italia Longobarda, e tolse l'opportunità della Quaresima del 867 per minacciar pena di morte a chiunque in que'sacri giorni commettesse adulterî violenti ed incendî, ed a chiunque violasse la Chiesa.

Le pratiche barbare ne'giudizî penali e civili menavano a delle funeste conseguenze. Il combattimento giudiziario, la pruova dell'acqua e del fuoco, il semplice giuramento di taluno eran dalle leggi de'diversi tempi considerate come pruove irrefragabili della scoverta della verità, e si giunse a stabilire una giurisprudenza delle *pugne giudiziarie*. La Chiesa si sforzò di stabilire mezzi più ragionevoli e più legittimi; e s. Agobardo, Arcivescovo di Lione, sperò indarno nel 825 di ricondurre il suo secolo ad alcuni dettami fondamentali della ragione e del dritto romano, scrivendo il suo trattato contro gli *empî* combattimenti giudiziarî, *impia certamina*, ed un altro contro le fallaci pruove decorate col

nome de' *giudizî di Dio*, in processo di tempo abbandonandosi queste pratiche, le forme di procedura in giudizio vennero in quasi tutta l'Europa attinte dal dritto canonico: i suoi principî si avvicinarono alla ragione ed alla equità naturale, e vi si avvicinarono in certi punti assai più che le leggi romane, di cui emendò molte sottigliezze.

Che diremo del *sistema penitenziario* in materia penale, che oggi à tanto richiamato l'attenzione de' pubblicisti e de' governi, ed i cui salutari effetti si sono sperimentati negli Stati Uniti ed in Inghilterra? Questo bel pensiero di riunire l'espiazione della pena col ravvedimento del colpevole e col terrore morale dell'esempio, ripete la sua sorgente nel sistema penitenziario della Chiesa.

Laonde lo studio della legislazione canonica può spandere oggidì ancora molta luce su parecchie parti della giurisprudenza. Vede a ragione con rincrescimento il signor Toullier, che questo studio sia totalmente proscritto dalle scuole di dritto, mentre contribuisce alla conoscenza delle antichità dei mezzi tempi, assai più utili per rimontare alle origini delle nostre leggi e delle nostre consuetudini, di quello che sia la conoscenza delle antichità greche ed orientali. Questo studio dev'essere utilmente coltivato da coloro che attendono alla storia generale dell'umano incivilimento, di cui furono instrumento validissimo le discipline canoniche.

12. Chiudiamo questa parte del nostro discorso col rammentare, che oltre il corpo del dritto canonico, *jus canonicum*, molte altre costituzioni pontificie posteriori al 1484 e riunite in un corpo solo, formano il *dritto canonico novissimo*. Ad esso appartengono:

1.° Le regole stabilite nel concilio di Trento convocato da Paolo III e che compì l'opera sotto Pio IV;

2.° Le Decretali, ossia bolle Pontificie posteriori al 1484, epoca della pubblicazione delle Estravaganti comuni;

3.° I concordati tra la Corte di Roma ed i governi, tra quali quello dell'anno 1741 sotto il ponteficato di Benedetto XIV e'l Re Carlo III.

Da tutto ciò ne derivò nel regno una Polizia Ecclesiastica che à avuto delle vicende rammentate nella storia. Ora il Concordato portante la data de' 16 febbrajo 1816 e sanzionato con legge de' 21 marzo 1818 à stabilito le regole pel riordinamento delle cose ecclesiastiche.

CAPITOLO II.

DEL DRITTO FEUDALE.

13. Per la preponderanza che la feudalità à esercitato nelle sociali istituzioni, quella parte della legislazione che concerneva la ragion feudale à per molti secoli occupato in Europa una importanza ragguardevole, ed è stata in ispecialità coltivata nel nostro regno, stantecchè la feudalità vi acquistò profonde radici, le circostanze politiche del regno le furon favorevoli, e la storia degli abusi feudali basta a colpo d'occhio a far comprendere la situazione morale del regno.

Ci è parso indispensabile, prima di discendere a discorrere della legislazione feudale e della giurisprudenza che ne derivò, premettere poche idee sulla origine e su' progressi della feudalità, e come si opponeva a' miglioramenti sociali ed a quella unità governativa che rende illuminati e forti i governi.

Non penetreremo nelle erudite ricerche, se della feudalità vi fosse fondamento nella politica de'romani. Diremo soltanto con la comune opinione, che di origine germanica passarono i feudi in Francia, ed in Italia furono introdotti da'Longobardi.

La universalità dello stabilimento della feudalità in tutta l'Europa prova che fu una conseguenza necessaria della barbarie. La invasione de' barbari sciolse i legami sociali, il dominio della forza prevalse, ed un'anarchia universale ne derivò. A misura che lo stato di violenza cessava gli uomini eran contenti di mettersi sotto la protezione di un signore: tutto prese la forma feudale, la gran società si vidde da tutte le parti smembrata, e comparvero quelle piccole società novelle. Tutte le cose furon date in feudo, le terre non solo, ma gli uomini, le città ed anche i dritti inerenti esclusivamente alla Sovranità. Così il suolo Europeo fu coverto di piccoli popoli, di piccoli sovrani, gli uni estranei agli altri e quasi indipendenti tra loro. L'ombra di un governo centrale disparve, ed i Re, che da lontano sembravano esser rivestiti di maestà e di potenza, riguardati più da vicino erano i più limitati di tutt'i principi, non possedendo alcuno di que'vantaggi che costituiscono la grandezza e l'autorità di una Monarca.

Fu adunque una conseguenza dello stato feudale: 1.° che le terre divennero una proprietà reale, piena, ereditaria della feudalità; 2.° che con la proprietà fuvvi fusione della sovranità; ciò è a dire, l'attribuzione al proprietario del suolo, su tutti gli abitanti di questo medesimo suolo, di quasi tutt'i dritti che costituiscono la Sovranità.

14. Considerata la feudalità sotto il rapporto dell'elemento della proprietà territoriale, le terre presero il nome di *feudo*, voce che secondo Cujacio è di origine latina, viene dalla parola *fides*, e significa la terra a ragione della quale si era tenuto a fedeltà verso un signore. Secondo altri, la voce *foedum* è di origine germanica, e si decompone nella parola *fe*, salario, ricompensa, e nel radicale *od*, proprietà, bene, possessione; in modo che *feudum* significa una proprietà donata in ricompensa, a titolo di soldo, di salario.

I pubblicisti non sono di accordo, se la parola *feudum* è sinonimo di *boeneficium*, e se la parola *boeneficium* ch'era adoperata nel senso della origine di una terra ricevuta da un superiore a titolo di ricompensa, e che obbligava verso costui a certi servigi, dinotava lo stato di proprietà territoriale che prese alla fine del secolo IX il nome di *feudum*. Il sistema di Montesquieu sulla gradazione legale della durata de' *benefici* è andato soggetto a molte censure. Qualunque potesse essere l'opinione, se dal secolo V al secolo X la proprietà beneficiaria passò per più stati successivi dell'amovibilità e concessione arbitraria, alla concessione ereditaria, egli è certo che alla fine del secolo X la eredità de' feudi non può rivocarsi in dubbio E così i feudi divennero ereditarî, la proprietà territoriale prese da per tutto la forma feudale. Le stesse terre allodiali, quelle ch'erano indipendenti vennero man mano soggiogate dalla feudalità. Nel nostro regno, sotto gli Angioini crebbero i feudi, e nel governo viceregnale il disordine delle finanze produsse che paesi interi venivano venduti e sottoposti alla proprietà feudale.

Quale perciò poteva essere il destino dell'agricoltura e dell'industria sotto il dominio feudale, s'intende facilmente. Le terre condannate a decime di ogni genere, a soffrire servitù, a sopportare le angarie per la privativa delle industrie che volevano esercitare i Baroni: cose tutte che rendevan incerta e precaria la proprietà dell'uomo industrioso, ed opprimevan l'agricoltura. I mezzi di coltivazione non erano molto produttivi; le devastazioni, effetti inevitabili delle perpetue

ostilità fra i baroni, le vessazioni necessariamente praticate dall'arbitrio non lasciavano sviluppare nè prosperare verun miglioramento nell'industria rurale, quando peteva farsene. Tutto in somma era incompatibile col perfezionamento dell'industria rurale. La industria rurale esige una solida guarentigia della proprietà, e capitali accumulati su'fondi, cioè, de'fabbricati inservienti alla lavorazione delle strade, delle chiudende, delle irrigazioni, e specialmente de'buoni approvisamenti in ogni genere e numerosi bestiami. Or dunque de' considerabili buonificamenti ed un cospicuo capitale di beni mobili erano quasi impossibili a combinarsi colla feudalità e colle istituzioni che da questa derivavano. Ecco la ragione per cui l'Europa era ne'tempi del feudalismo sì poco potente e popolata.

15. Il secondo carattere del regime feudale fu la fusione della Sovranità colla proprietà, ossia il possessore del feudo esercitava nell'interno de'suoi dominî e su'loro abitanti que'dritti che sono attributi inseparabili della Sovranità. Dettare leggi, stabilire imposte, amministrare la giustizia eran attributi del feudatario.

Quale conseguenza da queste istituzioni? Niuna realità, niuna garantia, e la stessa Sovranità lacerata dalla feudalità era impotente a far rispettare il dritto generale.

Ed in fatti, nelle Monarchie il sistema di garantia politica sta nella volontà del Sovrano, alla quale niuno può resistere e tutti sono obbligati di sottomettervisi: questa garantia non poteva esistere nel regime feudale. Imperciocchè i possessori de'feudi non eran tutti eguali fra loro: i feudatarî potenti eran nello stato di opprimere i più deboli, e non ve n'era poi alcuno, a cominciare dallo stesso Sovrano, che fosse stato nel grado d'imporre la legge agli altri e di farsi ubbidire. I mezzi permanenti di forza e di potere mancavano: non vi erano truppe permanenti, imposte permanenti. Le forze, le istituzioni sociali erano, in qualche modo, obbligate di ricominciare ogni qual volta il bisogno l'esigeva. Mancavano dunque gli elementi della forza governativa, e la resistenza de'feudatarî era così facile per quanto era difficile la loro repressione.

Questo era il frutto di una infelice condizione di tempi che dobbiamo sperare o possiamo credere non sieno più per rinascere. Eppure taluni scrittori de' nostri tempi, lodando a cielo la valentia de' baroni, si sforzano di fare gli elogi delle usanze feudali.

16. Lo stabilimento de'feudi non ebbe subito a compagna un'analoga giurisprudenza. Le istituzioni feudali governate sul principio da soli interessi politici, non prendevano norma che dalle svariate occorrenze de' tempi. *Il disordine di quelle età*, diremo con Guizot, *la scarsa popolazione, i pochi mezzi di comunicazione, l'ignoranza degli uomini, il difetto di principî e di vedute generali nelle istituzioni. nelle idee e nelle opere aprivano l'adito ad ogni maniera di casi e di anomalie.* L'uso dunque più che le leggi regolavano in origine il sistema de' feudi, ed i legami tra i concedenti ed i concessionarî; fino a che le consuetudini feudali adottate e ricevute in tutta l'Europa furono fatte compilare nella metà del secolo XII da'consoli di Milano sotto il regno di Federico I, e costituirono la ragion comune feudale, ossia il noto *jus feudale comune.*

La compilazione de' libri feudali fatta per cura de'giureconsulti di Milano verso l'anno 1170 acquistò tanta autorità in Europa, che fu reputata meritevole di formar parte della ragion civile. Ed è perciò che al corpo delle novelle di Giustiniano già diviso in nove collezioni, si aggiunsero dal giureconsulto Ugolino i libri feudali che costituiscono oggi la *decima collezione*, divisa in due libri. Fra i

glosatori di questa parte della italiana legislazione sono commendati singolarmente Bulgaro, Pileo, Ugolino, Vincenzo e soprattutto Jacopo di Ardizone. Minucciolo de Pratoveteri verso l'anno 1431 dispose in nuovo ordine le leggi feudali, ed in ultimo Cujacio con molto acume divise questa collezione in cinque libri, ad oggetto di evitare la confusione che vi regna; ma i nostri scrittori antichi stimarono di avvalersi della originale divisione, onde vi corrispondessero le citazioni.

È stata una grave controversia sull' uso ed autorità nel nostro regno de' libri feudali che costituivano la ragion comune feudale. Si è creduto che Federico II avesse dato forza ed autorità di legge a' libri dei feudi, ma uno studio più profondo della scienza à messo in chiaro, che piuttosto per uso e consuetudine de' popoli, che per costituzione di alcun Principe acquistò autorità quella raccolta. Nè abbiasi a credere che i libri feudali ebbero la stessa autorità de' libri di Giustiniano: furono ricevuti per quanto non si opponevano alle costituzioni del regno, ossia al dritto feudale municipale.

Da ciò nasce che dobbiam dire qualche cosa delle leggi feudali proprie del regno, ossia del *dritto feudale municipale*.

17. La ragion feudale municipale rimonta al fondatore della monarchia Ruggiero, il quale introdusse nel regno la distinzione de' feudi *de jure Francorum et Longobardorum*, secondo la qual distinzione nella successione de' feudi *jure Longobardorum* venivano ammessi alla successione del feudatario tutt' i figli; ma pe' feudi *jure Francorum* succedeva all' uso di Francia il solo primogenito per conservare lo splendore della famiglia. Altre leggi furono aggiunte da' due Guglielmi, e molte da Federico II, che si leggono nel volume delle Costituzioni. Gli altri Sovrani ampliarono la ragion feudale municipale, come si rileva dalle sovrane sanzioni contenute ne' Capitoli, nelle Grazie, nelle Prammatiche. Tutte queste leggi concernenti la ragion feudale sparse nelle diverse compilazioni del patrio dritto, non ebbero una collezione, e quindi se ne rendeva malagevole la intelligenza. Desse però nel loro oggetto considerate risguardavano le seguenti materie:

1.° La divisione de' feudi e le diverse loro specie e l'investitura;
2.° Il baliato e le nozze de' Baroni;
3.° La successione testamentaria de' feudi;
4.° La successione legittima;
5.° Il rifiuto de' feudi, e la prescrizione di essi;
6.° La vita milizia da prestarsi a' secondogeniti;
7.° La proibita alienazione de' feudi, e sue conseguenze;
8.° Il servizio militare, e l' *Adoa* in sua vece;
9.° Il rilievo, il quindennio ed altre prestazioni de' Baroni;
10.° I dritti giurisdizionali e le prestazioni possedute da' Baroni ne' loro feudi;
11.° La proclamazione al regio demanio concessa alle università del regno.

18. Dal dritto feudale derivò una giurisprudenza che ebbe grandi progressi, essendo un fomite inestinguibile di liti le novità ed alterazioni del dritto feudale, e le cresciute controversie intorno alle origini, investiture, gravezze e successioni de' feudi, non che le moltiplicate giurisdizioni baronali. Ne avvenne, che le leggi feudali richiamassero gli studî de' nostri interpetri, i quali si levarono tanto sopra gli altri, che per più secoli le opere feudali del nostro foro furono guida e lume a tutt'i giureconsulti di Europa. Lo studio, dice l'autore *della storia civile*, di questa parte di giurisprudenza fu presso di noi cotanto coltivato e tenuto in pregio, che i nostri superarono tutt' i giureconsulti delle altre nazioni, così d' Italia,

come d'oltremonti; ed oggi giorno questo è particolar vanto del nostro regno, che in niun'altra parte si sia saputo e si sappia tanto della dottrina feudale, quanto da' nostri giureconsulti. E si vidde dappoi coll'esperienza, che le quistioni più ardue e difficili, che mai avessero potuto insorgere in questa materia, non si sieno trattate più sottilmente, e con tant'accuratezza e dottrina, quanto da' nostri autori. Nè niun'altra nazione può vantarsi d'aver avuti tanti scrittori intorno a questo subbietto, quanto il regno di Napoli.

Così Andrea Rampini d'Isernia fu il primo che sotto il regno di Carlo II scrisse sì copiosi comentarî sulla ragion feudale, che oscurò quanti prima di lui si fossero accinti a quest'ardua impresa: egli fu chiamato con frase de' suoi tempi *Evangelista feudorum*.

Nel secolo decimoquinto comparve il gran comento alle leggi feudali di Matteo d'Afflitto, splendore del Sacro Consiglio Napoletano, e che per venti anni insegnò nella regia università degli studî dritto civile, canonico e feudale. Quest' opera che vinse quella di Andrea d'Isernia meritò onorevoli critiche da' contemporanei, e larghissimi encomî da' posteri. Lasciò all' uopo scritto il celebre Francesco d'Andrea: *inter omnes qui post Afflictum integra Comentaria in feuda edidere, parvi sunt qui cum illo possint comparari; qui praeferri, certe nullus*.

Sursero dopo questi lumi della giurisprudenza feudale molti scrittori fra noi, de'quali per non tessere una nojosa serie, indicheremo con ispecialità Bartolomeo Camerario di Benevento, professore di dritto feudale per ventiquattro anni nella regia Università degli studî, ed indi Luogotenente della Regia Camera; Sigismondo Loffredo, Pietro Giordano Orsino, Bammacario, Pisanello. Ma bisogna confessare che questa parte della giurisprudenza, come le altre, era in un modo puramente pratico insegnata ed applicata, così che gli eruditi come barbara sdegnavano di coltivarla. Fu Cujacio, giureconsulto francese del secolo decimo sesto, il quale col soccorso della filologia e della letteratura ristaurò gli studî di giurisprudenza, che diede il primo forma elegante alla giurisprudenza feudale, miglior ordine a'libri feudali, e con non peregrina erudizione li ridusse alla vera lezione. Dopo di lui nobili ingegni impresero ad illustrare la ragion feudale, ed i nomi di Duareno, di Ottone, Vultejo e di altri divennero celebri.

CAPITOLO III.

DEL DRITTO CIVILE.

§ I.

Della Legislazione e Giurisprudenza sino alla fondazione della Monarchia.

19. Appena seguita la morte di Giustiniano, gente barbara di diverse nazioni che portarono il nome generico e collettivo di *Longobardi* soggiogarono nel 568 l'Italia, ed il dominio di questo popolo conquistatore essendo durato per ben due secoli, nell'Italia s'introdussero nuovi costumi e nuove leggi quasi tutte contrarie a quelle de' romani. Fu allora che i feudi furono presso di noi introdotti, e tanto basta a convincersi che le leggi Longobarde avessero per fondamento il dritto della forza, e risentissero di tutte le imperfezioni delle legislazioni di que' tempi. Per sentantasette anni i Longobardi vissero senza veruna legge propria scritta, ma

cogli antichi loro usi e consuetudini ; fino a che il Re Rotari pubblicò nel 643 il suo Editto diviso in 390 leggi , nel quale ridusse in iscritto gli usi Longobardi. *Dopo lunghe vigilie ,* affermava il Re nel pubblicare l'Editto , *dopo una sottile ricerca degli usi antichi fatta da' più anziani tra noi, le leggi de' padri nostri che non erano scritte abbiamo per la comune utilità della gente nostra , e per difesa de' poveri e deboli , ridotte in un corpo , col consiglio e col consenso de' Primati , de' Giudici e di tutto il nostro fedelissimo esercito. Perciò tutte le cause o non finite ancora o non ancor cominciate si debbano giudicare secondo il tenor dell' Editto.*

I sovrani che regnarono in appresso aggiunsero altri Editti, e più di tutti si distinse il Re Luitprando , il quale nel mese di marzo di ciascun anno chiamava a parlamento i suoi Giudici , e coll' assistenza del popolo promulgava le leggi. Ed è perciò che le leggi de' longobardi non furon seconde alle altre di Europa sì pel modo come venivano stabilite , che per la loro equità in molte disposizioni.

L' editto longobardico contiene un sistema di leggi discretamente ordinate , e senza entrare a riferirne i minuti particolari accenneremo i principî, per dare un idea del carattere del popolo al quale eran destinate, delle disposizioni concernenti la religione , il dritto pubblico , la giustizia civile e penale , i giudizî.

Le leggi romane , pertinenti alla religione , furono convertite in legge longobarda dal Re Luitprando che nel 723 diede molti provvedimenti risguardo alla religione cattolica , vietando i matrimonî proibiti da' canoni , e reprimendo la licenza così di coloro i quali sposassero una donna velata o posta nel servizio divino , come di chi prendesse in moglie la propria commadre o donna tenuta da lui al sacro fonte. Lo stesso Re si mostrò pronto a far sue le canoniche leggi di Roma.

Ne' negozi civili eran notevoli le disposizioni concernenti i matrimonî, i riti nelle manumissioni e nell' adozione , le tutele, i contratti, le alienazioni , i testamenti , le successioni legittime , la sicurezza del possesso. Le donne eran soggette ad una perpetua tutela , il cui uffizio appellavasi *Mundio o Murderburdio.*

. I giudizî civili eran brevi e la temerità de' litiganti era frenata da pegni e da plegerie. Le forme eran abbreviate, poichè il giudizio di fatto posava su' testimoni dell' attore e del reo , e nelle cose dubbie si ricorreva alla religione de' giuramenti. Il giuramento formava una delle più nobili parti dell' ordine giudiziario appo i longobardi. Coloro i quali giuravano in giudizio ebbero il nome di *sacramentali* dopo la conversione de' longobardi al cristianesimo ; e soleano giurare o sugli Evangeli Santi , o sulle armi consacrate da' Sacerdoti. Nè i Sacerdoti, nè i Vescovi furono esenti da questi riti nelle cause delle loro chiese , od in quelle dei monasteri di tutta l'Italia longobarda.

Nella ragion penale tutto il sistema delle pene ne' delitti ordinarî aggiravasi sulle *composizioni*, ovvero multe pecuniarie, la proporzione delle quali era determinata dalla varia qualità de' delitti , e soprattutto dalle diverse condizioni delle persone offese. Lo stesso omicidio volontario non produceva che la pena dell' intero patrimonio , ma colui che commetteva un omicidio sol per difendersi dovea pagare una multa secondo l'essere dell' ucciso. Pe' ladri longobardi furono scavati de' carceri sotterranei , da tenervisi da' Giudici i ladri per due o tre anni ; e quando un ladro , uscitone finalmente , commettesse altri furti, diceva la legge, che fosse decalvato e marchiato nel volto ed in fronte. Fin d'allora adunque le pene pecuniarie cominciavansi a riputare inefficaci senza le corporali, anche ne' delitti ordinari. A' delitti poi di peggior esempio, e principalmente a quelli che turbavano l'ordine

pubblico, era imposta la pena capitale, coll' aggiunta talvolta della confisca dei beni. Si comprendevano nel numero de'crimini da punirsi colla morte, non solamente i casi di lesa maestà, ma d' insubordinazione a mano armata, e d'omicidio commesso dallo schiavo sulla persona del padrone, non che l' emigrazione fuori del regno, e l'abbandono de'compagni al momento della pugna.

Il procedimento giudiziario penale era uniforme a quello delle altre nazioni. Bene spesso nelle cause dubbie e ne' delitti gravi la decisione inappellabile era rimessa al duello. Iniquo uso fu certamente il commettere la ricerca del vero alla punta della spada; ed il Re Liutprando nella legge 65 del libro 6 apertamente dichiarò di riprovare l'uso delle pugne giudiziarie chiamandolo *empio*, ma si protestò di non poterlo vietare per la consuetudine delle sue genti Longobarde. Agl'iniqui giudizî de' combattimenti avrebbe voluto questo savio principe sostituir le pruove legali che derivavano da principî del dritto romano; ma i tempi non eran ancora venuti, e lunga stagione dovea trascorrere innanzi che il dritto canonico ponesse freno al cieco e forsennato combattere de' litiganti.

Nè questo è tutto. Altri generi di pruova legale consistevano nel ferro rovente, nell'acqua fervente ovvero ghiacciata: delle pruove di minor pericolo vi erano, come quelle del pane e del cacio che si porgeva a mangiare al reo collo scongiuro che se mentiva nelle sue discolpe, il cibo preso lo stringesse alla gola.

Nella storia adunque della legislazione, quella de' longobardi figura come prudente ed umana in considerazione de' tempi. La giurisprudenza non poteva allora presentare alcuna indole, perciocchè rare eran le quistioni di legge, ed eran, quando accadevano, definite con semplicità.

20. Scacciati i Longobardi, e conquistati i dominî italiani da Carlo Magno Re di Francia, il quale riempì il mondo della sua fama, nuovi costumi sorgono in Italia e nuovi popoli vengono ad abitarvi. Le leggi de' longobardi continuarono ad aver vigore, modificate di tratto in tratto ed anche mutate da' *Capitolari* del nuovo dominatore, il quale per altro si sforzò di ristabilire in qualche lustro la giurisprudenza romana, la quale per ignoranza de' tempi era poco coltivata.

E quì è notevole che la venuta de' Franchi introdusse lo statuto delle *leggi personali* di ciascun popolo, ed è celebre quel famoso Capitolare (1) di Carlo dell' 801, che nella raccolta delle leggi longobarde va sotto il nome del Re Pipino, intorno alle *leggi personali* de' nuovi popoli del regno longobardo. Carlo Magno con questo Capitolare rinnovò i suoi ordini emanati nel 782 di poter ciascun popolo vivere colle leggi personali. Quindi il danno si dovea ristorare secondo la legge de' danneggiati; che le multe o composizioni di ciascun delitto si pagassero secondo la legge dell'offeso, e che ogni uomo tratto innanzi al giudice si dovesse con pari dritto difendere secondo la propria legge nativa, se la controversia s'agitasse secondo lo stato della sua cittadinanza od a qualunque altra materia; che i retaggi si acquistassero, le scritture delle convenzioni ed i giuramenti si fa-

---

(1) Ciò che i Goti ed i Longobardi chiamarono Editti, i Francesi chiamarono *Capitolari*, perchè eran disposti in capitoli. A di loro esempio, gli altri principi chiamaron pure le loro leggi *Capitolari*. Le leggi nel Principato di Benevento stabilite da' Principi Longobardi si dissero *Capitolari*, e nella raccolta delle *leggi longobarde* si leggono i *Capitolari* di Arechi, di Sicardo, di Radelchisio e di altri principi di Benevento. Nel nostro patrio dritto le leggi degli Angioini si chiamarono *Capitoli* da' Capitolari de' Francesi.

cessero secondo i dettami delle leggi personali di ciascuno di questi nuovi cittadini del regno longobardo.

Il nascimento, per dritto comune, formava la legge, che i cittadini delle nazioni doveano seguitare in Italia: il matrimonio sospendeva per le donne la loro legge nativa, ma esse la riaveano per vedovanza. Vi eran poscia i modi legali, che sempre vi furono e vi saranno, a lasciare in alcuni casi la propria e prendere una diversa cittadinanza; e su di ciò il signor Savigny districando molte controversie tra gli antichi eruditi, à portato alla scienza utili risultamenti.

21. E passato il regno d'Italia da' Francesi negl' Italiani, le leggi longobarde conservarono il loro vigore, e nelle stesse province che ritolte a Longobardi dai Greci furono conquistate dai Normanni, vi furono introdotte le leggi longobarde.

Laonde da tante svariate leggi e diversità di nazioni, non che dalla svariata libertà di vivere con quella legge che a ciascuno piaceva ne derivò tanta confusione nel mondo; che Agobardo Arcivescovo di Lione racconta, che il più delle volte accadeva, che stando insieme a sedere cinque o sei, niuno si ritrovava, che fosse in quanto al mondo di una stessa legge, come che in quanto a Dio fossero tutti di una fede. Le sconcezze che portava questa tanta diversità di leggi si conoscevano ne' contratti, ne' testamenti, ne' giudizî, ne' delitti, ne' matrimonî. Erasi cominciato ad abbracciare un errore, che quando i matrimonî non si contraevano secondo i costumi di ciascuna nazione, e la moglie non si soggettava alla legge del marito, fossero nulli; e per tal ragione un francese ripudiò la moglie Sassona. L'intervento della religione frenò questo barbaro costume, ed il concilio Triburiense nella Germania tenuto nell'anno 895 prescrisse di non potersi annullare i matrimonî, quantunque il marito e la moglie fossero in quanto al secolo di statuto diverso.

22. Era questo lo stato politico morale e civile del regno prima della fondazione della Monarchia. Circa il principio del secolo XII si pensò a riunire in un corpo tante svariate leggi, e la compilazione si contiene in un sol volume, comprende le le leggi longobarde de' cinque Re, Rotari, Grimoaldo, Luitprando, Rachi e Aistulfo; i Capitolari di Arechi primo principe di Benevento, quei d' Adelchi suo successore, non che i Capitolari di Carlo Magno, di Pipino e degli altri Imperadori, i quali discacciati i Longobardi per Carlo Magno furono Re d'Italia. S'ignora l' autore di quest' antica compilazione che fu un Capuano.

Questa compilazione delle leggi Longobarde è divisa in tre libri e distinta in più titoli. Il primo autore che illustrasse con chiose questi libri fu Carlo di Tocco che visse sotto il regno di Guglielmo I, e che avea studiato in Bologna celebre per la scuola che vi era stata aperta da Irnerio, ed avea avuto a maestri Placentino, Cipriano, Giovanni ed Ottone. Lo studio del dritto romano animato dalla scuola di Bologna fecesi che quello delle leggi Longobarde si abbandonasse; e Tocco per non farle cadere in disprezzo procurò d' illustrarle con l' amenità del dritto romano. La sua glosa sulle leggi longobarde ebbe grande autorità ne' tribunali, e quando si vede citare la glosa delle leggi longobarde senza indicazione, s' intende la glosa di Tocco.

Un altro celebre comentatore delle leggi longobarde fu Andrea Bonello di Barletta avvocato fiscale sotto l'imperadore Federico II, tenuto in molta riputazione da Andrea d' Isernia e da Matteo d' Afflitto. Biase di Morcone scrisse a' tempi del Re Roberto sopra le leggi Longobarde un volume che rimase manoscritto, e finalmente sotto Carlo V Giambattista Renna di Bari compose un libro sopra queste leggi.

Quì si arresta la schiera de' dottori che si applicarono al dritto Longobardo, e che eran citati ne' tribunali. Savigny con profonda erudizione riferisce i manoscritti e le glose spiegative del testo delle leggi longobarde, fatte prima della scuola di Bologna; ma questo lavoro grave per la storia della letteratura del dritto non rende men vero che nelle scuole e ne' giudizî le opere citate eran quelle che venivano invocate.

§ II.

Della legislazione e giurisprudenza sotto i Normanni e Svevi.

23. Fin quì abbiamo considerato le vicende del regno sotto il rapporto della storia delle leggi. Ora che siamo giunti al secolo XII, epoca della fondazione della Monarchia, è mestieri descrivere la storia della legislazione e della giurisprudenza che ne derivò sotto le diverse dinastie. Ragion di metodo ci obbliga a discorrere la storia della legislazione durante le dinastie de' Normanni e degli Svevi, al che si riporta la prima epoca della giurisprudenza napoletana.

Il fondatore della monarchia Ruggiero I, stabilito il governo monarchico, fu sua principal cura a consolidarlo con istituzioni e provvide leggi. Una monarchia nascente e fondata non con poco contrasto trovò in Ruggiero un Sovrano che seppe unire gli stati di tanti duchi e principi sotto un solo governamento, centralizzare i poteri e stabilire le basi di un nuovo reggimento civile.

L'aristocrazia feudale, che come dicemmo, invase quasi tutta l' Europa, avea usurpato il potere sovrano. Ruggiero se non potette reprimere gli abusi feudali revindicò le *regalie*, richiamando all' alto suo dominio l' amministrazione della giustizia, tolse a' Baroni la giurisdizione, e solo per ispecial privilegio accordavasi ad alcuno *bonum et judicem*; concessioni che per la debolezza degli Angioini e de' Vicerè si moltiplicarono sventuratamente, e divennero comuni.

Laonde le leggi di questo principe che furon chiamate Costituzioni, come pure quelle de' suoi successori e de' Sovrani della dinastia Sveva, eran dirette a fermare i dritti della Sovranità, a stabilire regole di pubblica amministrazione, di pubblico decoro, e di amministrazione delle Chiese. La stessa costituzione *de matrimonis contrahendis*, anzi che alla ragion civile, si riferisce al dritto pubblico, perciocchè ebbe oggetto di stabilire che il matrimonio cristiano trovasi sottoposto alle costituzioni della Chiesa non solo, ma anche alle leggi dello Stato.

Tutte le leggi di Ruggiero son contenute in 39 costituzioni che forman parte delle *Costituzioni del regno* compilate da Pietro delle Vigne per ordine di Federico II.

24. In quanto alla ragion civile, è celebre la quistione, se le romane leggi, o pure le Longobarde tenessero luogo di ragion comune nel regno sotto i Re Normanni; e questa quistione si riattacca all' altra dell' uso ed autorità ch' ebbero le leggi romane in ciascuna provincia dell' Impero occidentale dal secolo V. al secolo XII.

Molti, deplorando la venuta de' Longobardi, giudicarono che all' arrivo loro le arti, le lettere, le leggi e la cittadinanza de' Romani spente si fossero in tutta la nostra penisola, e che il dritto romano anche in Roma ed in Ravena fosse perito per non risorgere se non propriamente nel secolo XII, quando si narra che le Pandette di Amalfi rinvenute nel 1135 o nel 1137, trasportate in Pisa ed indi in Fi-

renze, Lotario II imperaratore, mosso da tale scoperta, s'indusse tosto ad abolire con sua legge il dritto longobardo e qualunque altro Barbarico dritto in Italia. Ma bisogna rendere la dovuta laude a Donatantonio d'Asti giureconsulto napoletano, il quale fu uno de' primi in Europa che con un opuscolo pubblicato in Napoli nel 1720, ed intitolato Dell' uso e dell' autorita' della ragion civile nelle province dell' impero occidentale dal dì che furono inondate da Barbari sino a Lotario ii, imprese a dimostrare con profonda erudizione e dottrina che le leggi romane non perderono di autorità per l'invasione de' barbari, e vittoriosamente confutò l'opinione contraria del consigliere d'Andrea. Egli parlando del l'uso e dell'autorità delle Romane leggi nel regno delle due Sicilie à dimostrato che le leggi longobarde non ànno avuto il loro vigore nella Sicilia, Calabria, Puglia, Napoli, Sorrento, Amalfi, dove non giunse il dominio de' Longobardi; e che nel Ducato Beneventano, che costituiva le altre province del regno, quantunque le leggi longobarde e le leggi romane avessero tenuta autorità, nondimeno le longobarde l'aveano tra le genti di propria nazione, e non già tra coloro che vivevano con le leggi romane per antico dritto del regno. Passa indi questo distinto giureconsulto a dimostrare come Carlo Magno dilatò ed estese l'uso e l'autorità della ragion civile de' Romani, e siccome dopo la morte di Carlo Magno si dimisero le scuole e caddero le scienze, così venne a cadere ancora il sapere nelle leggi. Nè il d'Asti si ferma all'Italia; ma con coraggio s'inoltra a dimostrare quanta autorità ebbero nel medio evo le leggi civili de' Romani nella Francia, nelle Spagne, nell'Inghilterra, nella Germania.

Dopo il d'Asti, Giannone autore della celebre *storia civile del regno*, non nega che molte leggi d'indole romana furono innestate nel dritto longobardo, e che Carlo Magno procurò di ristorare gli studî della giurisprudenza romana: sostenne però contro il d'Asti, e con l'autorità, fra le altre, della costituzione di Guglielmo I, *de sacramento praestando*, che a' tempi di questo principe le leggi longobarde eran tutte in vigore in questo reame, e riputate leggi comuni; che pure eran leggi comuni le romane, le quali non eran quelle comprese nelle Pandette, ma quelle ch'eran rimaste presso i popoli, che dopo la caduta dell'Impero Romano, le ritennero piuttosto come antiche costumanze che per leggi scritte. I pensamenti del Muratori sulla conservazione del dritto romano a'tempi di Rotari e di Luitprando gli concedettero la palma della vittoria presso l'universale. Al pari di questi pensò il P. Grandi, contro il quale si scagliò con livore il marchese Tanucci.

Qualunque potess' essere però l'opinione in siffatta quistione, egli è certo che il dritto romano non è giammai perito in Europa, e si ritrova dal secolo V al secolo XII in una moltitudine d'instituzioni, di leggi e di costumi. I dotti di Europa àn compreso quanto influisca siffatta ricerca alla storia dello stato morale della società e della civilizzazione; ed il capo della scuola storica di Alemagna signor Savigny, che con la sua *storia del dritto romano né mezzi tempi* à avuto la gloria di riunire tutt'i suffragî de'dotti del secolo presente, era stato preceduto di un secolo, nella gloriosa carriera, da' pensatori italiani. E perciò, per non dire che che gli stranieri volessero traviare un punto di nostra storia letteraria, dobbiam ritenere che Lerminier non tenne presenti i libri de' giureconsulti napoletani, quando dell'opera del Savigny disse, che *da lungo tempo, soprattutto in Germania, i veri giureconsulti aveano rigettato cotal tradizione* (della totale interruzione del dritto romano); *ma essa otteneva tuttavia qualche credenza presso la mol-*

titudine, e non era mai stata per anco vittoriosamente confutata. E ci rincresce che il dotto signor Guizot, il quale avendo consacrato la sua undecima lezione *della storia della civilizzazione di Francia*, ad esaminare il merito dell'opera di Savigny, mentre vi trova con ragione una profonda lacuna sotto il rapporto della storia filosofica; cioe dello stato morale della società e della civilizzazione; con eccesso poi la ritiene come *originale* sotto il rapporto della storia fisiologica e della critica de'fatti materiali.

È vanto adunque de' giureconsulti napoletani di avere i primi dimostrato, che l'imperio delle antiche leggi di Roma rannodò le genti e le razze, prevalendo in Europa da per ogni dove sulle ragioni della forza cieca e brutale. Risorta poi nel secolo XII la scienza per opera della scuola di Bologna, la vittoria dell'intelletto romano spandevasi fuori d'Italia, e le dottrine di Roma penetrando in tutt'i paesi di Europa, dove non mai le aquile imperiali eran arrivate, ne avvenne che nuovi e più lusinghieri omaggi riscuotesse Roma ancor dopo i rovesci della sua colossale grandezza.

25. Nell'epoca del risorgimento delle lettere fondata la Monarchia napoletana, noi abbiamo veduto quali furono i savî provvedimenti di Ruggiero per consolidare il reggimento civile.

Le leggi del Re Guglielmo I contenute in ventuno Costituzioni inserite nel volume delle Costituzioni di Federico II, risguardono regole giurisdizionali tendenti a rifermare i dritti della regalia. È notevole la costituzione *de prestando sacramento Bajulis et camerariis* che obbligava i giudici ad amministrar giustizia secondo le sue leggi e quelle di Ruggiero, ed in difetto di quelle, secondo le consuetudini approvate ne' suoi Stati, e finalmente *secundum jura communia Longobarda videlicet et Romana.* Queste parole della Costituzione àn dato luogo a quella grave controversia non ancora decisa, se le romane leggi o pure le longobarde costituissero il dritto comune del regno e prima e sotto i Normanni.

Tre costituzioni abbiamo del terzo Re della dinastia de'Normanni, Guglielmo II denominato il *Buono*. La prima, sotto il titolo *de usuris puniendis* stabilisce, che le controversie risguardanti i contratti usurarî dovessero definirsi secondo i decreti stabiliti nel concilio Lateranese dal Pontefice Alessandro. La seconda sotto il titolo *Ubi clericus in maleficiis debeat conveniri,* attribuì agli ordinarî la cognizione de' delitti de'clerici, secondo i canoni e 'l dritto canonico; eccettuati i delitti di fellonia ed altri atroci, la cognizione de'quali fu riservata al Re ed alla Gran Corte. La terza *de adulteriis coercendis* attribuì agli ordinarî la cognizione de' delitti di adulterio commessi senza violenza.

Della compilazione de' libri feudali avvenuta sotto il governo de' Normanni abbiamo di già discorso.

26. Passata la Monarchia sotto la dinastia degli Svevi, acquistò lustro e splendore. Federico II amante delle scienze, fondò in Napoli nel 1224 la Università degli Studî che fu provveduta di eccellenti professori in tutte le facoltà, e la ragion civile e canonica veniva insegnata da professori illustri che avean profittato dei progressi che la legislazione romana faceva. Fu questo magnanimo Principe che tolse la nostra lingua da' trivî, la introdusse nella Corte ove radunato avea il fiore di tutta l'Italia.

La mano forte di Federico dette una organizzazione ordinata alle due Sicilie, che per lo innanzi erano state politicamente divise per le diverse loro istituzioni ed antiche leggi. All'organizzazione amministrativa ne diede altresì una giudi-

ziaria, che designando i gradi di azione e gli stadî di esercizio di ciascun autorità, rendeva le giurisdizioni determinate ne' più marcati confini, e tutte le eccezioni personali rimasero abolite.

Rimaneva la compilazione delle nuove leggi ed istituzioni, e Federico commise al celebre Pietro delle Vigne la compilazione di un codice che comprendesse le sue leggi e quelle de' Re Normanni Ruggiero, Guglielmo I e II, senza che si tenesse conto di quelle fatte da Tancredi e da Guglielmo III, come sovrani da lui reputati illegittimi. Tale compilazione in un volume fu eseguita in Amalfi nel 1231, e prese il nome di *Costitutiones*; e dopo di quest'epoca avendo Federico pubblicato altre costituzioni, queste aggiunte alla prima compilazione portano l'epigrafe *Novae constitutiones*. Tutte le costituzioni che compongono questo volume diviso in tre libri ammontano al numero di 282. Le materie che ne formano il subbietto sono le seguenti.

Ventiquattro trattano la materia de' feudi, de' servi ascrittizî e de' fuggitivi.

Quattordici son dirette a regolare i combattimenti singolari, i giorni di tregua, i doveri e le qualità de' campioni, a vietare le guerre domestiche e l' uso de' scherani e degli affidati, a prevenire le violenze pubbliche mercè l' invocazione del nome imperiale, ed ordinare la demolizione delle torri e fortezze private, ed a vietarne la costruzione ne' luoghi di regio demanio.

Quattro contengono disposizioni contro i Patereni o Paterini, gli apostati, i sacrileghi, i bestemiatori, gli usurarî.

Trentacinque determinano le attribuzioni de' giustizieri, e de' camerarî, de' bajuli, de' capitani, de' Castellani, de' procuratori della Curia, de' Segreti, e de' fondachieri.

Due interdicono la carriera militare a que' che non nascevan di condizione militare; e vietano a' figli de' chierici, agli spurî, a' villani ed agli angarî lo intraprendere la professione di giudici o di notaj.

Ottantotto risguardono la materia delle accuse, de' delitti, delle pene, de' fuorbanditi, de' carcerieri e de' carcerati.

Cinque contengono regolamenti relativi a' pascoli, a' danni o guasti che gli animali commettevano, ed al modo di pignorarli ove fossero sorpresi sul fatto.

Quattro riguardono l' annona pubblica, limitandosi però a prescrivere, che i mercadanti, gli artefici ed i venditori de' generi alimentarî dovessero servirsi di pesi e di misure giuste, e non potessero vendere generi guasti.

Con una si vietano i matrimonî clandestini.

Con un' altra s' interdice a' feudatarî il contrar nozze, e'l maritare le proprie sorelle, o i discendenti senza il permesso del Re.

Con un'altra si vieta a tutti il menare in moglie o prendere in marito una straniera o uno straniero.

Nove riguardano l' amministrazione delle chiese, l' obbligo di pagar ad esse le decime, il divieto dato alle medesime di acquistare beni immobili, i privilegi de' chierici, e lo stato civile de' figli de' chierici.

Quattro prescrivono gli esami cui doveanò sottoporsi i medici, gli studî che dovean fare, e l' obbligo che avean di ottenere la laurea dalla scuola di Salerno. Regolano altresì i doveri de' Farmacisti.

Con una si vieta la macerazione de' canapi e de' lini ne' luoghi prossimi all' abitato, e vien determinata la profondità della sepoltura, e prescritto che i cadaveri degli animali fossero gittati in mare o ne' fiumi.

Quarantanove riguardano la procedura ne' giudizî civili, il ministero degli avvocati e de' notaj, la forma degl' istrumenti, e la fede dovuta ad essi.

Trentotto appartengono al dritto privato civile, poichè son dirette a regolare le prescrizioni, le successioni, i depositi, le transazioni, le restituzioni in intero, le azioni possessorie, le forme de' testamenti, ed i privilegi delle vedove e de' pupilli.

Con una finalmente, ed è quella che precede tutte le altre, furon abolite tutte le leggi e consuetudini preesistenti che si trovassero in contraddizione con quelle che Federico promulgava.

Da questa classificazione di atti legislativi ben si rileva che lo stato morale della nostra società al secolo XIII avea fatto gran progressi. Un certo sistema di garantia politica cominciava a sentirsi, perciocchè non si dovea ricorrere alla forza per far rispettare i proprî dritti, essendosi le istituzioni sociali organizzate. La feudalità quantunque influente e potente, dovette rinunziare alle pretensioni di partecipare all' autorità regia, per essersi revindicati i dritti della regalia e stabilito in massima che ogni giurisdizione viene dal Re. La indipendenza del potere temporale erasi stabilita in principio fondamentale.

27. Fiorirono in questi tempi distinti giureconsulti.

Pietro delle Vigne di Capua, benchè povero e di origine oscura, avea studiato nella scuola di Bologna: fu gentile poeta un secolo e più avanti che Dante scrivesse il suo poema, ed acquistò gran fama anche nella giurisprudenza, nell' oratoria, nella politica. Elevato da Federico II alla dignità di Protonotario del regno compilò le Costituzioni, e maneggiò gli affari più importanti dello Stato, dimostrando altresì accorgimento e zelo nelle più importanti ambascerie. Colpito dalla sventura, gli furono cavati gli occhi e per non finire i suoi giorni in una dura prigionia, disperato si diè da sè stesso la morte. Le glorie e le disgrazie di sì illustre Capuano sono state celebrate dal Dante.

Roffredo Epifanio da Benevento fu un altro dottissimo giureconsulto. Egli fin dalla prima sua gioventù portossi in Bologna ad apprendere la scienza del dritto, ed ebbe a maestri i capi di quella scuola. Fu giudice, indi fu trascelto da Federico per suo avvocato, e mandato per le contese insorte con Gregorio XI a Roma, dove si rimase restando fedele al partito del Pontefice. Ha un posto distinto tra i glosatori e la sua fama presso i posteri crebbe tanto, che sulla credenza che Papiniano fosse di Benevento, gli si diede il nome di *secondo Papiniano*. Compilò molti trattati di cui fanno parola il Toppi, il Sarti e Giannone; ma il signor Savigny à esposto che altri trattati di cui à osservato i manoscritti nella Biblioteca di Parigi, non che i trattati *de pugna* e *de positionibus* attribuiti ad Olofredo, sieno dello stesso autore.

Taddeo da Sessa, quantunque niente avesse lasciato alla memoria de' posteri, molto si distinse nel concilio di Lione, e pel suo vasto sapere fu elevato alla dignità di Giudice della Gran Corte, ed adoperato da Federico II negli affari dello Stato.

Nè degni di minore ricordanza sono Andrea Bonello di Barletta e Carlo di Tocco, delle cui opere abbiamo di già discorso.

La prima epoca adunque del foro napoletano rimonta a' giureconsulti de' tempi di Federico II, e può dirsi che la scuola napoletana divenne una dipendenza di quella di Bologna. La giurisprudenza surse da' civili bisogni con l' interpetrazione, e divenne il supplemento della legislazione, massime in epoca in cui le leggi romane miste a quelle de' popoli settentrionali e miste agli usi municipali produ-

cevano tal confusione, che la giurisprudenza era necessaria per mettere in accordo le leggi con le nuove istituzioni. Così l'equità naturale del dritto pretorio, l'equità religiosa del dritto canonico, secondate dalla dolcezza del governo che abolì con legge gli esperimenti dell'acqua e del fuoco produssero una giurisprudenza benigna che seppe temperare il rigore delle pene stabilite da leggi scritte col sangue.

Le Costituzioni durante la dinastia degli Svevi furono in pieno vigore e generalmente osservate; ma in progresso di tempo molte di esse caddero in disuso per essere decaduti i principî stabiliti da un governo forte ed indipendente. E quantunque Carlo I e Carlo II, e più appresso Ferdinando I d'Aragona avesse ordinato nel 1472 di doversi le Costituzioni osservare nel regno, pure quelle ch'eran dirette a revindicare i diritti della regalia, alla indipendenza del potere temporale, a reprimere la feudalità non potevano esssere osservate.

Egli è certo però, che le otto Costituzioni concernenti la ragion civile furono sempre in vigore, ed in tutt'i tempi non mancarono scrittori di comentare il corpo delle Costituzioni.

Così Andrea da Barletta che visse sotto il regno di Federico II fu il primo a glossare le Costituzioni. Nel principio del governo degli Angioini Marino di Caramanico scrisse dotte glose sulle Costituzioni. Andrea d'Isernia, Bartolomeo di Capua ed il celebre Napodano furono glosatori illustri delle Costituzioni; e da ultimo Matteo d'Afflitto scrisse su di esse un lungo comentario che acquistò molta autorità nelle scuole e nel foro. Nè mancarono altri scrittori d'illustrare con note dichiarative i comentari de' citati giureconsulti.

§ III.

Della legislazione e della giurisprudenza sotto gli Angioini.

28. La interpetrazione del dritto romano faceva rapidi progressi in Europa, e nel regno sotto il governo degli Angioini l'autorità di questo dritto era tanta, che mostrava dover abbattere in tutto quella delle leggi Longobarde.

Un gran numero di giureconsulti surse in quell'epoca, versati nella scienza del dritto romano, feudale ed ecclesiastico. E se a ciò si aggiunge, che la legislazione ebbe incremento per la compilazione de' *Capitoli* e delle *Consuetudini*, è facile il comprendere che ne derivò l'interpetrazione di queste parti del dritto, e la giurisprudenza venne altresì arricchita da' riti della Gran Corte della Vicaria e da quelli della Regia Camera della Sommaria. Dobbiamo adunque fermarci alquanto alla disamina di queste istituzioni.

Le leggi pubblicate sotto il governo degli Angioni e precisamente da Carlo I., Carlo II, Roberto, Carlo di lui figlio Duca di Calabria Vicario del regno, e che premorì al padre, Giovanna, Ladislao ed Isabella furon chiamate CAPITOLI (n. 20) *del* REGNO ad uso de' *Capitolari* di Francia. Ammontano quasi in tutto a 297, allogati sotto 239 rubriche. Le materie che ne formano il subbietto sono le seguenti.

Cinquantadue son diretti a determinare le attribuzioni de' funzionari pubblici, e massime a reprimere l'abuso ch'essi facevano de' loro poteri; e le rapine che velavano sotto diversi nomi e pretesti, vietandosi anche di ricevere qualunque dono, non ostante qualsivoglia consuetudine.

Uno restituisce a' comuni la facoltà di eleggere i loro giudici annuali, i quali, oltre all'esercitare una certa giurisdizione, intervenivano ne' contratti.

Tre contengono puri regolamenti giudiziarî.

Venti riguardano i privilegi e le immunità delle chiese, e delle persone ecclesiastiche. Le chiese e gli ecclesiastici furono in sommo modo favoriti sotto il rapporto della giurisdizione, non che sotto quello di potere liberamente ed a qualunque titolo acquistare beni.

Tredici riguardano i pascoli, i boschi, la tassa per i dritti delle lettere regie e degli altri atti e spedizioni, e la pignorazione degli animali sorpresi nelle terre altrui.

Uno è diretto a regolare gli effetti dell'eccezione ostica.

Uno riguarda l'invenzione de' tesori, ed abolisce la costituzione di Gugliemo che attribuiva al fisco la proprietà del tesoro ritrovato.

Uno ordina la conterminazione delle terre del fisco, delle Chiese, de' Baroni.

Tre posson definirsi altrettanti interdetti possessorî, e son diretti a prevenire le violenze de' chierici e de' laici, gli uni contro gli altri.

Otto riguardano materie annonarie.

Quattro stabiliscono le pene dovute a' falsarî di monete false, e vietano l'estrazione di ogni moneta buona.

Quattro riguardano i matrimonî e le doti.

Quattro gli effetti dell'eccezione della scomunica.

Uno conferma i famosi quarantesei capitoli di Carlo II, promulgati in tempo del suo vicariato per l'assenza del Re Carlo I, e stabiliti nel parlamento tenuto nel piano di S. Martino.

Sette riguardano le gabelle del sale, la percezione delle rendite fiscali, e il metodo da seguire nell' apprezzo de' beni, che dovea servir di base alla ripartizione delle contribuzioni dirette.

Cinque obbligano i comuni a risarcire i danni commessi da' malviventi con pubblica violenza, ed a pagare una certa ammenda, ove ne' loro territorî avvenissero omicidî clandestini.

Con uno si vieta l'estrazione del legame.

Con uno si concede amnistia generale a' partigiani dello sventurato Corradino.

Due riguardano l'università degli studî di Napoli e 'l collegio de' Dottori.

Novantuno sono altrettante leggi penali.

Sedici finalmente riguardano i Baroni e la feudalità.

Da quest' analisi de' *Capitoli* si raccoglie, che contenevano alla rinfusa leggi sacre, politiche, feudali, penali e civili, regolamenti giudiziarî ed amministrativi.

S'ignora in qual anno e da chi la compilazione de' *Capitoli* fu eseguita; ma si crede ch' ebbe luogo la compilazione sul declinar della dinastia Angioina, ossia circa l'anno 1440.

Sin da che i Capitoli furono pubblicati, ebbero note e comentarî. Il primo fu Bartolomeo di Capua, Protonotario del Regno sotto il governo di Carlo, II, e nel quale posto fu confermato dal Re Roberto. Andrea d'Isernia vi fece alcune note, come pure Giovanni Grillo, il quale dopo la morte di Bartolomeo di Capua fu Viceprotonotario del Regno. Altre note furono eseguite sotto il regno di Giovanna I da Napodano, da Sergio Donnoroso, e dal famoso Luca di Penna, nato a Penne negli Abruzzi, e che fu uno de' più rinomati giureconsulti del secolo decimo quarto. Da ultimo Giovanni Antonio de Nigris nel 1546 scrisse su' Capitoli più diffusi comentari.

29. Sotto il regno di Carlo II si pensò alla compilazione delle *Consuetudini*

napoletane e ne derivò quella parte della giurisprudenza che risguardava il *dritto consuetudinario* celebre nella storia della legislazione.

Si è dato il nome di *Consuetudine* ad un certo dritto municipale che, essendo autorizzato dall'uso e dalla comune pratica di una città, di un circondario o di una provincia, vi à forza di legge.

L'origine delle Consuetudini in generale è antichissima: tutt'i popoli, prima di avere leggi scritte, ebbero usi e consuetudini che loro tenevan luogo di leggi.

Napoli, come città Greca, passata sotto il dominio de Romani, conservò i suoi antichi instituti, non che le sue leggi particolari. Dopo la caduta dell'impero di occidente, la nazione longobarda in Italia era composta di gente di diverse nazioni, e come ogni gente avea i suoi statuti, ne derivò quella tanta diversità di Consuetudini in Italia. Lo stesso destino ebbero le altre parti di Europa.

Montesquieu (1) à in poche e gravi parole esposto la origine delle consuetudini dopo la caduta dell'impero di Occidente. Allorchè, egli dice, le nazioni della Germania conquistarono il romano impero, vi trovarono l'uso della scrittura; e ad imitazione de'romani registrarono in iscritto gli usi loro, e ne formarono dei codici. I regni infelici, che seguirono quello di Carlo Magno, le invasioni de'Normanni, le guerre intestine, precipitarono di bel nuovo nelle tenebre, ond'erano uscite, le nazioni vittoriose: più non si seppe nè leggere, nè scrivere. Ciò fece dimenticare in Francia ed in Alemagna le leggi barbare scritte, il dritto Romano ed i Capitolari. L'uso della scrittura conservossi meglio in Italia, ove regnavano i Papi ed i Greci Imperatori, ed ove erano città floride, e quasi il solo commercio, che allora si facesse. Questa vicinanza d'Italia fu cagione, che il romano diritto meglio si conservasse nelle contrade della Gallia, soggette un tempo a' Goti ed a' Borgognoni, tanto più che questo diritto ivi era una legge territoriale, ed una specie di privilegio. Sembra che l' ignoranza della scrittura abbia fatto cadere in Ispagna le leggi visigote, e che colla caduta di tante leggi nascessero da per tutto delle consuetudini.

Le consuetudini non ridotte in legge scritta, ma conservate dalla tradizione, in progresso di tempo divennero una sorgente di gravi liti per ragione della incertezza delle medesime. Bene spesso avveniva che ciascun litigante invocava per se la consuetudine, ed ognuno produceva i testimoni che favorivano il suo assunto.

Per rimediare a siffatto disordine, Carlo II ad esempio di Carlo I che avea fatto compilare le consuetudini di Bari, ordinò che le consuetudini di Napoli si riducessero in iscritto. In Francia sotto il regno di S. Luigi ed i seguenti, abili forensi portarono in iscritto le consuetudini de'loro baliaggi, ed il loro oggetto era piuttosto di dare una pratica giuridica per gli usi del loro tempo sopra la disposizione de'beni; ma la grande epoca in cui le consuetudini francesi furono ridotte in iscritto per volontà sovrana ed ottennero la regia sanzione, cominciò da Carlo VII, il quale con l'articolo 125 della sua ordinanza volle « che le consuetudini, » gli usi e stili di tutt'i paesi del nostro regno (la Francia) sieno compilati e » messi in iscritto da'consuetudinarî, curiali e persone di ciascun paese del nostro » regno, le quali consuetudini saranno recate innanzi a noi per farle osservare e » verificare dalle persone del nostro gran consiglio e della nostra corte di parla-

(1) *Esprit des lois*, lib. 28, cap. 11.

» mento, e per così decretare e confermare; e tali usi e stili confermati e decretati
» verranno osservati e mantenuti ne' paesi cui apparterranno, senz' altra prova
» che ciò che sarà scritto nel detto libro ».

E questo metodo nella compilazione ed autorità delle consuetudini era stato molto prima in Napoli decretato da Carlo II. Questo sovrano volendo ridurre in iscritto le consuetudini napoletane ad oggetto di evitare le falsità e mendacî, ed introdurre una stabile maniera di giudicare, diede l'incarico all'arcivescovo Minutolo ed a dodici cittadini napoletani, che investigassero e scrivessero gli usi della città di Napoli. Appena i dodici deputati ebbero presentata la raccolta delle consuetudini napoletane, il Re impose a Bartolomeo di Capua Protonotario del regno di rivedere il lavoro, al che adempito, le consuetudini furono ridotte in un volume, ottennero la sanzione regia nel 1306, e venne vietato sotto pena di una libbra d'oro ai giudici ed a chiunque di allegare consuetudini non contenute in questa raccolta. *Si quis,* conchiude il Proemio delle consuetudini, *inventus fuerit tam procax, aut pertinax, qui consuetudinem allegare praesumat, quae in praedicto volumine non inveniatur inserta, unius liberae auri boni purissimi condemnatione plectatur, cujus medietas fisci nostri compendiis relicta, ejusdem civitatis commodis applicetur.*

30. Le consuetudini in parola erano ordinate e distribuite in 32 titoli, e formavan oggetto delle medesime:

1.° Le successioni ab intestato, le quali avéano per fondamento la conservazione de' beni nella famiglia.

2.° Le successioni testamentarie. Il principio della conservazione de' beni obbligava il testatore che moriva senza figli o discendenti, a lasciare la metà de' beni paterni e materni agli agnati o cognati da' quali i beni gli eran pervenuti.

3.° La facoltà che i figli di famiglia aveano di far testamento, e di quali beni.

4.° La facoltà delle donne maritate a poter disporre di una parte delle doti.

5.° Gli alimenti che doveano i padri e le madri prestare a' loro figli, e su di quali beni. Si prescriveva non potersi pretendere gli alimenti da que' figliuoli che fossero stati ingrati co' loro genitori.

6.° Le doti e la quarta alla donna dovuta su' beni del marito.

7.° I contratti tra i mariti e le mogli.

8.° Gl' istrumenti soliti a farsi da' curiali e della loro fede.

9.° De' casi ne' quali uno poteva pignorare la roba altrui.

10.° Della ragione del congruo.

11.° Della forza del detto del colono parziario; ossia dal giudice si dovea deferire al detto del colono parziario circa l'esazione de' frutti di un podere, o del pigione di una casa

12.° Della fede dovuta alla testimonianza de' rustici. Il detto de' villani non faceva pruova ne' giudizi civili tra cittadini napoletani, e viceversa era privilegiata la prova del cittadino napoletano ne' giudizi co' villani.

13.° Delle servitù prediali e delle nunciazioni di nuova opera.

14.° De' contratti di compra-vendita, di locazione-conduzione;

15.° Del pegno.

16.° Del modo della divisione dell'eredità tra fratelli, e del concorso della vedova che avea aquistato in proprietà la quarta costituitale dal marito.

17.° Del dritto del proprierario di un fondo di tagliare i rami e di cogliere i frutti di un albero che vi stende i rami: *de glande legenda.*

18.° Della ripa che apparteneva al proprietario del fondo superiore, purchè diversamente non appariva da'termini finali, o per pubblico istrumento. Lo stesso era per l'*efrico*, ch'è il limite ossia confine della ripa.

19.° Chiude la materia delle consuetudini il titolo delle ***restituzioni in integrum*** accordate al pupillo.

31. Il dritto consuetudinario in parola conteneva una specie di opposizione al dritto romano che formava il dritto comune del regno; teneva luogo di legge per i cittadini napoletani e que' del distretto di Napoli, sia per rapporto alle loro persone, sia per rapporto a'beni che possedevano in Napoli e nel suo distretto.

Laonde il dritto consuetudinario divenne una parte necessaria per la disciplina forense, e complicata come le altre. Anche in Francia la giurisprudenza consuetudinaria divenne classica, e richiedeva studi più profondi, perciocchè si noveravano sessanta consuetudini generali che venivano osservate in una provincia intera; e circa trecento consuetudini locali ch'eran osservate in una sola città, borgo o villaggio.

Non mancarono de' comentatori alle consuetudini napoletane, e la giurisprudenza consuetudinaria fu sempre fluttuante.

Il primo comentatore fu Sebastiano di Napoli, detto il *Napodano* che visse sotto il regno di Giovanna I, e diede alla luce il suo lavoro nel 1351. In questo comento si adoperò di accomodare le dottrine del dritto romano alla interpetrazione delle consuetudini, ma non con molto successo. Nonpertanto il suo comento divenne celebre, ed acquistò tanta autorità nel foro che teneva non inferiore forza e vigore del testo delle consuetudini medesime.

Dopo Napodano le consuetudini furono illustrate da una schiera di dottori. Meritano special considerazione Antonio d'Alessandro, Stefano di Gaeta, Matteo d'Afflitto, i consiglieri Antonio Capece e Mariano Freccia, e massime Scipione di Gennaro, il quale ebbe cura di fare una edizione delle consuetudini riscontrato l'esemplare ch'egli aveva coll'originale di Napodano; e questa edizione che segna la data del 1518 è la più antica delle consuetudini. Non sono meno pregevoli le altre edizioni con nuove chiose e giunte del presidente de Franchis, di Camillo Salerno, di Bartolomeo Marziale, di Giovanni Angelo Pisanello; e negli ultimi tempi Carlo de Rosa nel pubblicare il testo delle consuetudini raccolse nello stesso volume tutte le costoro note ed addizioni. Non ultimo fra i comentatori del dritto consuetudinario fu il P. Molfesio.

Ma bisogna convenire che in tutti questi comentatori non si osservava che gara di opinioni, e farragine di citazioni. La scienza vi era abbandonata, nè si seppe ridurre il dritto controverso a stabili principî. In somma la scuola puramente pratica rendeva questa parte della giurisprudenza molto complicata. Non così le cose andavano in Francia. Dumoulin, avvocato al Parlamento di Parigi, contemporaneo di Cujacio, imprese con gli studi storici e dommatici del dritto romano a ridurre a principî le regole del dritto francese; ed elaborando il dritto consuetudinario, preparò i travagli di Pothier, e può dirsi capo della celebre scuola del dritto consuetudinario. Egli meritò il titolo di *oracolo della giurisprudenza francese*.

Non solo Napoli, ma gli altri paesi del regno avean pure le loro consuetudini, e curarono di ridurle in iscritto. Andrea di Bari e'l giudice Sparano compilarono le consuetudini di Bari tanto lodate per la loro equità. Aversa ridusse in iscritto le sue consuetudini col comento di Nunzio Pelliccia. Capua compilò le sue che furon

comentate da Flavio Ventiglia gentiluomo Capuano. Amalfi e 'l suo ducato ebbero le particolari consuetudini compilate dal giudice Giovanni Agostaricci. Gaeta ebbe le sue consuetudini, e per tacere delle altre città, conchiudiamo che le consuetudini di Catanzaro furon illustrate dal suo cittadino Giovan Francesco Paparo.

32. Sotto il regno di Roberto furono da Andrea d'Isernia compilati i *Riti della regia Camera della sommaria*. Questo tribunale avea cura d'invigilare sopra i dritti e rendite fiscali, costringere i minori ufiziali a render ragione della loro amministrazione, riceverne i conti, raccogliere il danaro per mandarlo alla camera del Re, conoscere le colpe ed i difetti degl'impiegati nell'amministrazione, de'loro fidejussori, degl'incanti, escomputi, e di tutte le quistioni e liti che insorgevano intorno a ciò tra le parti e 'l fisco. Era questo tribunale nominato *auditorium rationum;* poi fu detto *audientia summaria*, e finalmente *Camera summaria.*

La compilazione adunque fatta da Andrea d'Isernia contiene una raccolta di decreti che avean forza di regolamenti, pronunziati secondo l'occasione dalla Regia Camera della Sommaria, di lettere regie, di editti e di bandi, non che di usi e di tradizioni che risguardavano oggetti di amministrazione civile e finanziera.

Niuno, meglio di Andrea d'Isernia, poteva eseguire siffatta compilazione, poichè egli era stato da Carlo II creato razionale di quel collegio, visse tutto il tempo che regnò Roberto, ed indi dalla regina Giovanna I fu elevato al posto di luogotenente. Ebbe perciò l'agio di trarre da' registri delle dogane e dagli atti del tribunale tutt'i documenti autentici che servivan di base alla compilazione.

Dopo un secolo Goffredo di Gaeta fece un pregevole commentario su questi riti, e dopo il decorso di un altro secolo un Anonimo aggiunse altre note ed altri riti profferiti dal collegio. E da ultimo nuove addizioni per giunta a'comentarî di Gaeta e dell'Anonimo furono nel 1699 fatte con poco giudizio da Cesare Nicolò Pisani.

L'autorità di questi riti fu nel regno come quella delle leggi, non per Sovrana determinazione, ma come dipendenti da un non mai interrotto stile, e da un antico uso del tribunale della Sommaria.

33. Chiude la dinastia degli Angioini la compilazione *de' riti della Gran Corte della Vicaria*, eseguita sotto il regno della regina Giovanna II. Il collegio della Gran Corte della Vicaria, allora supremo tribunale del regno, avea stabilito una giurisprudenza sul procedimento giudiziario nelle cause civili e criminali; e Giovanna II che avea dato de'savî provvedimenti pel miglioramento di questo supremo tribunale, nel 1431 dispose una compilazione di questi riti, a'quali propose una costituzione proemiale con la quale diede loro forza di legge. Questi riti adunque che sono nel numero di 345, ordinati sotto 157 rubriche, contengono regole per la compilazione de'processi e della procedura giudiziaria, atti riguardanti le accuse, le inquisizioni e le denunzie, non che le pene in cui incorrevano i rei di certi delitti, ed i doveri de'carcerieri. Si prescriveva ancora il numero de'giudici e le loro attribuzioni, quelle degli attuarî, tassandosi i costoro emolumenti.

Tra i riti diretti a garantire i dritti de'creditori ed a spaventare la mala fede dei debitori, vi era quello di assoggettarsi il debitore al troncamento di una mano, quantevolte interrogato sul tenore di uno strumento, producesse eccezioni e difese che non restavano provate.

Questa parte del dritto patrio ebbe anche i suoi espositori. Annibale Troise fu il primo che nel 1542 pubblicò i suoi comentarî su'riti. Giovan Francesco Scaglione compose un breve comentario nel 1553. Di maggior autorità furono i comentarî di Prospero Caravita pubblicati nel 1560. Ed in ultimo il reggente Petra scrisse quattro

volumi scritti, e quest'opera accreditata nel foro contiene un ammasso di dottrine, e di decisioni non rare volte estranee all'oggetto.

34. Dalle cose fin quì discorse si raccoglie, che oltre l'interpetrazione delle leggi romane e feudali, e delle leggi ecclesiastiche che pur furono copiosamente comentate nel nostro foro nel tempo degli Angioini, altre maniere d'interpetrazione possonsi annoverare in esso, cioè quella delle consuetudini municipali, e quella delle costituzioni e capitoli del regno. E la compilazione de' riti della Sommaria e della Gran Corte della Vicaria riguarda più da vicino le condizioni della giurisprudenza interpetrativa, e può esser sicuro argomento della crescente avvocheria, de' crescenti inviluppi delle procedure, e dell'immenso profitto che già cominciava a trarre il fisco da' cavilli e dalle liti.

Nè i miglioramenti introdotti negli ordini civili migliorarono lo stato sociale sotto il governo degli Angioini, poichè la vera causa de' miglioramenti sociali non sta soltanto nella compilazione delle buone leggi, ma ne' sentimenti di giustizia, di prosperità nazionale, nell'incivilimento de' costumi. E gli Angioini acquistarono il regno col sangue di Corradino, coll'eccidio de' baroni che aveano seguito le parti dello Svevo, col render forti i feudatarî del loro partito, ciò che dovea produrre discordie intestine, ed oppressione. Scelta Napoli per sede del governo, la Sicilia era preda al mal costume ed all'avarizia de' ministri. La libertà de' cittadini, il pudor delle donne, le facoltà de' popoli eran del continuo esposte alla violenza ed alla fantasia di questi uomini sfrenati. Un proscritto, Giovanni di Procida, rabbioso per le condizioni della patria, alimentò lo sdegno dei Siciliani. Un generale eccidio di tutt'i francesi venne dalle cure del tremendo Procida fissato per tutta l'Isola; e fu eseguito nel 30 marzo 1282 il famoso *Vespero Siciliano*, nel quale, secondo le parole del Botta, le ingiurie estreme furono con estrema vendetta soddisfatte.

Vani furono gli sforzi di Carlo I per ricuperare la Sicilia; e mantenuti sotto il suo governo i soli dominî continentali, le leggi da lui fatte e quelle de' suoi successori della stessa dinastia non riguardarono la Sicilia, sino a che le due Sicilie si riunirono nella dinastia degli Aragonesi.

In somma, la semplicità dell'amministrazione organizzata da Federico venne alterata con la divisione del Regno; dopo il *Vespero* Siciliano i principî di governo de' dominî continentali presero un avviamento diverso da quelli della Sicilia; le istituzioni si corruppero; nacquero nuovi tribunali e nuove giurisdizioni. La tendenza ad estendere i privilegî e le eccezioni scossero il gran principio di Federico, che unico fonte della giurisdizione è il Sovrano. I famosi capitoli del Re Roberto, detti le quattro *lettere arbitrarie*, commettevano all'arbitrio degli uffiziali di procedere ne' delitti in ogni tempo, con tortura o senza, e di commutare le pene. Ciò bastò ad alterare la forza delle giurisdizioni, la forma de' giudizî.

§ IV.

Della legislazione e giurisprudenza sotto il governo degli Aragonesi.

35. Scarso è il numero che ci presenta di compilazioni legislative il mezzo secolo che durò la dinastia degli spagnoli di Aragona; ma la interpetrazione pratica della giurisprudenza crebbe di molto, che lo studio della giurisprudenza forense diventò di una importanza ragguardevole. La condizione politica del regno contribuì a rendere escrescente il foro napoletano. Primamente i principi Aragonesi

amavano le scienze e contribuirono non poco a ristorare i buoni studî. L'invenzione della stampa che produsse al mondo tanta utilità, moltiplicò in brevissimo tempo le copie de' libri sì ricercati in questi tempi di erudizione; e la istituzione del Sacro Consiglio produsse quel genere d'interpetrazione forense che con applauso fu accolta ed imitata in Europa.

E per cominciare dalle disposizioni legislative diremo, che Alfonso assodate le cose del regno, concesse con animo generoso quelle grazie che dalle città e da'baroni gli venivano domandate. Questo sistema fu tenuto da'sovrani successori, a segno tale ch'essendo cresciuto il numero di queste grazie e privilegî, Nicolò de Bottis stimò nel 1588 di raccoglierle in un volume, arrestandosi a Filippo II. È questa la compilazione de' *Capitoli, Privilegi* e *Grazie* concedute al regno, alla città di Napoli ed a' Baroni.

Gli altri atti posteriori di data, sino all'Imperadore Carlo VI, furono nell'anno 1719 riuniti, e formavano il secondo volume di questa compilazione.

Gli aragonesi seguirono il sistema de'loro regni nel pubblicare le loro leggi particolari che chiamarono *Prammatiche*. Prammatiche pure continuaronsi a chiamare le leggi che si pubblicarono sotto i vicerè e sotto la borbonica dinastia; e per non ritornare più volte sullo stesso oggetto, quì parliamo del corpo delle prammatiche.

Le prammatiche fino al tempo del vicerè D. Pietro di Toledo non eran riunite in un corpo; ma venivano alligate alle ristampe che facevansi delle Costituzioni e de'Capitoli. Si pensò di riunirle, e nel 1570 se ne fece la prima edizione, e nel 1591 un'altra più esatta in un volume. Dappoi Scipione Rovito fece una nuova compilazione più copiosa, con un nuovo ordine, riducendo altresì i titoli secondo l' ordine dell' alfabeto. Biagio Altimari nel regno di Carlo II di Spagna ne fece una più copiosa raccolta divisa in più volumi. Un altra più ampia se ne fece nel 1715, ed un'altra nel 1772. L'ultima è del 1803 fatta per cura di Lorenzo Giustiniani. Da questa raccolta si rileva che le prammatiche ammontano niente meno che al numero di 2827, ma nella edizione fatta dal Cervone nel 1817 vi sono altre 28 prammatiche che mancano nell'edizione di Giustiniani.

È da avvertirsi che la prammatica I *de feudis* che porta la data del 19 gennajo 1418, detta la *Filingeria*, è della Regina *Giovanna* II, e fu emanata in occasione della successione al contado di Avellino per la morte di Giacomo Filingiera conte di Avellino.

36. Nel corpo delle prammatiche, quelle che riguardano la dinastia degli aragonesi, si riferiscono a tutte le parti degli ordinamenti civili.

Nella ragion civile, si cominciarono allora a distinguere le usure compensative dalle feneratizie, ed escogitossi il contratto detto *Censo consegnativo* da' Prammatici, e più volgarmente *compra di annue entrate*, che lungamente fluttuò pure tra il lecito e l'illecito. A togliere ogni scrupolo, Alfonso trattò col Pontefice il cui nome è carissimo alle lettere, Nicolò V, per istabilire le regole colle quali far si poteva tal contratto senza offesa delle leggi ecclesiastiche. Una costituzione emanò il Pontefice nel 1541, che confermata dal Re, ed inserita nelle Prammatiche, formò la prammatica I *de censibus*.

Nell'ordine penale furono emanate molte disposizioni tendenti a reprimere i reati che si commettevano in un regno agitato da una guerra civile soffocata da Ferrante. Le pene per le armi, pel ricettamento de'rei, pel lenocinio, per la falsa testimonianza, per la sodomia furono severissime. Lodevoli furono le leggi che restringe-

vano la confiscazione de'beni al solo delitto di lesa maestà, nel qual caso rimanevano salve le ragioni dotali delle donne.

Per ciò che riguarda la pubblica amministrazione, molte provvedimenti furon dati per animare il commercio e le arti; per rendere la esazione de'pesi fiscali più equa. E quì dobbiamo dire qualche cosa del *Tavoliere di Puglia*, che sotto la dinastia aragonese divenne un importante cespite delle reali finanze.

Tra la catena dell'Appennino e'l mare Adriatico, sonovi delle immense pianure attraversate dal fiume Ofanto (l'antico Anfido); e colà diedesi la celebre battaglia di Canne sì funesta a'Romani. Quando in progresso di tempo i barbari invasero l'impero romano devastarono quel piano sino allora ben coltivato. La popolazione disparve, e le terre rimasero in proprietà de'principi che da quel epoca si succedettero nel regno. Il clima nell'inverno vi è più mite che nelle province contigue, dimodo che si introdusse l'uso di mandarvi a svernare i bestiami che àn passato la buona stagione nelle montagne degli Abruzzi. Quel distretto che chiamasi il *Tavoliere della Puglia* e che non abbraccia meno di settantamiglia di lunghezza sopra 30 di larghezza, formava un demanio dello stato; ma il Re Ladislao, che vendeva tutto, vendè pure i demanî fiscali della Puglia, e per supplire a'bisogni mise un dazio sopra tutti gli animali che pascolavano nelle diverse province, che fu di ducati venti per ogni cento animali di armento, e ducati due per ogni cento pecore.

I popoli mal soffrivano tale imposta, ed Alfonso l'abolì nel parlamento tenuto nel 1443; ma nell'anno seguente si studiò di riordinare i pascoli delle puglie, e della facoltà di vendere i pascoli ne fece un dritto privativo fiscale. Il Tavoliere fu diviso in perpetue locazioni generali e particolari, ed ogni locazione fu divisa in un certo numero di poste stabili, cioè siti col loro pascolo rispettivo in terra salda, valutata ciascuna per un certo numero di pecore.

Il suolo adunque del Tavoliere di Puglia era abbandonato alle sole produzioni spontanee della natura, ed il valore di queste produzioni era rappresentato da un dazio d'entrata che si pagava al governo sopra i bestiami.

Questo sistema continua tuttavia; ma verrà tempo in cui il governo illuminato da'progressi delle scienze economiche non trascurerà di mettere a coltura il Tavoliere di Puglia con vantaggio dell'industria e della popolazione. Imperciocchè il dazio che ora percepisce e che può dirsi una specie di locazione, rappresenta per certo la facoltà produttiva del suolo, poichè in esso non àvvi lavoro di braccia umane, non capitale impegnato di cui possa pagarsi un frutto. Or la facoltà vegetativa del suolo avendo un valore indipendentemente da ogni capitale sparso pel suolo, ed indipendentemente ancora da'lavori che lo promuovono, gli economisti ànno calcolato quanto un capitale e l'industria aumentino le facoltà produttive di un terreno. Il dazio che s'introita dal governo su'bestiami del Tavoliere è di 125, 600 ducati, e ne conchiudono gli economisti, che se il suolo del Tavoliere fosse coltivato potrebbe rendere a'suoi proprietarî otto milioni in affitti, altrettanto presso a poco agli affittuarî, alimentare inoltre dugento o trecento mila operai; ed indipendentemente da questa produzione affatto nuova il governo il quale non ritrae che 125, 600 ducati da quel distretto nel suo stato attuale, ne ritrarrebbe, se fosse coltivato, il quadruplo o il quintuplo anche con miti imposizioni. Sarebbero necessarie delle società di commercio per isborsare i capitali occorrenti. La Banca del Tavoliere organizzata nel 1833, a prescindere che non avea questo oggetto, non à dato alcuno risultamento, ed à fatto troppo parlar di se.

37. Ritornando alla giurisprudenza, noi abbiamo di già accennato, che sotto la dinastia degli Aragonesi ebbe origine quella parte della giurisprudenza pratica che *storia delle controversie* si appella; donde ne derivò quella schiera di dottori chiamati *decisionisti*. Convenendo rimontare al fonte di questa parte della giurisprudenza, dobbiamo riconoscerla nella istituzione del *Sacro Consiglio*, di cui diremo dell' origine ed autorità.

Alfonso I, renduitosi pacifico possessore del regno, rivolse le sue cure a migliorare la forma del governo ed a riordinare i tribunali. Fin allora il supremo tribunale del regno era la Gran Corte della Vicaria, dalle cui decisioni bene spesso si reclamava al Sovrano, ed era invaso l'uso che il Re rimetteva il memoriale a de' giureconsulti, secondo il parere de' quali si profferiva a nome del Re sulla reclamazione. Questo vizioso sistema era fecondo di mille disordini, poichè le decisioni di un tribunale costituito eran soggette alla censura di privati giureconsulti. Ad evitare simili disordini, e nello stesso tempo non privare le parti de' legittimi gravami avverso le decisioni della Gran Corte della Vicaria e de' tribunali del regno, nel 1442 fu istallato il *Sacro Consiglio di S. Chiara*, a somiglianza del consiglio di Valenza; e'l Cardinal de Luca porta opinione che il Vescovo Borgia Ministro e Consigliere di Alfonso nell'organizzare il Sacro Consiglio prendesse a modello molti instituti della Ruota Romana che allora era in fiore.

La instituzione adunque di questo tribunale fu quella di conoscere per via di appellazione delle cause di tutt' i tribunali del Regno, e ne' primi tempi anche della regia camera della Sommaria. Riconosceva per suo capo il Re, e prese il nome di *Sacro* per la sacra persona del Re, e le cause s'introducevano non a via d' istanze, ma di suppliche che bisognava indirizzare al Re. E da ciò derivava che dalle determinazioni del Sacro Consiglio non si dava appellazione, perchè era un tribunale sovrano, ma si dava luogo alla *reclamazione*, a somiglianza delle sentenze del Prefetto del Pretorio che in Roma erano rescendibili mediante il rimedio della ritrattazione. Prese il nome di *Consiglio di S. Chiara*, perchè nel 1474 fu trasferito nel monastero di S. Chiara, e vi durò fino al 1540, nella qual epoca dal Vicerè Toledo fu con tutti gli altri tribunali trasferito nel Castel Capuano.

Di grande splendore fu adorno questo tribunale, e bisogna rendere la dovuta laude ad Alfonso ed a tutt' i suoi successori che sempre curarono di nominare a magistrati di questo collegio il fiore de' giureconsulti e de' cattedratici. È celebre la storia de' presidenti di questo tribunale. Il primo presidente fu lo stesso vescovo di Valenza Alfonso Borgia, che poscia fu cardinale per opera di Alfonso, ed indi pontefice chiamato Callisto III. Arcivescovi ed altri insigni Prelati occuparono il posto di presidente, e ridonda in maggiore splendore del Sacro Consiglio il vedere essere stati eletti presidenti i proprî figliuoli de' Re ed i primi Baroni del Regno. Lunga è poi la schiera de' giureconsulti che per le loro opere e per una lunga carriera nel foro meritarono di presedere questo Collegio. Sono memorandi tra gli altri, i nomi di Giovan Antonio d'Alessandro, di Vincenzo de Franchis, di de Ponte, di Pietro Giordano Orsini, di Andrea Marchese, di Francesco Merlino, di Gaetano Argento.

Da questo tribunale derivò quella parte della giurisprudenza che si chiama storia delle controversie, ossia *Decisioni*. Matteo d'Afflitto fu il primo che nel 1509 pensò di raccogliere e di pubblicare le decisioni che nel corso di più anni eran nate nel nostro Sacro Consiglio; ed a di lui esempio gli altri giureconsulti d'Ita-

lia e di Europa cominciarono a coltivare questa parte degli studi pratici, cioè la storia delle controversie. Questo instituto di non lasciare sfuggire la serie quotidiana delle decisioni de' tribunali accrebbe la letteratura forense di questo nuovo genere di opere, e Matteo d'Afflitto, splendore del Sacro Consiglio, fece acquistare a questo Collegio quella fama, che i più dotti giureconsulti di Europa, e fra tanti è lodevole nominare il gran Cujacio l'illustre Presidente Fabro e Gotofredo, non isdegnarono di studiare e di applaudire le decisioni del Sacro Consiglio Napoletano. Noi da quì a poco vedremo che ne' secoli successivi si accrebbe questa classe di scrittori decisionisti.

38. Malgrado le savie disposizioni de' principi Aragonesi, nella esecuzione tutto veniva meno. La immoralità resa generale per tante intestine discordie rendeva inutile ogni rimedio. I popoli sentivano bisogno di scegliersi per l'amministrazione della giustizia uomini degni e di buona coscienza; ma questi mancavano ed i principi non aveano forza di crearli. Le pene contro la corruzione de' funzionari dimostrano la venalità de' medesimi. Le stesse dignità ecclesiastiche si cedevano, si vendevano o si davano per privati favori. E da ultimo Alfonso per gratitudine a' Baroni suoi favoriti non solo li esentò da quella contribuzione che doveano pe' feudi, ma accordò loro il *mero e misto imperio* che divenne sì funesto in progresso di tempo.

§ V.

Politica del governo viceregnale, e stato della legislazione e giurisprudenza in tal epoca.

39. Nel corso di circa due secoli e mezzo, quanto durò il governo viceregnale, la condizione politica e morale del regno divenne molto infelice. Una politica crudele e sospettosissima avrebbe gettato queste contrade nel baratro di una estrema barbarie; ma per buona ventura i semi delle scienze e delle arti acquistato aveano consistenza. Se non che, mentre i secoli XVI e XVII sono da considerarsi l'adoloscenza operosa della novella civiltà di Europa, e l'Italia in molte parti di letteratura e di civiltà preveniva i progressi universali e gli utili insegnamenti delle altre nazioni, pure non cessa di esser vero che nel tempo de' vicerè le nostre province caddero in una disgiunzione dal rimanente de' popoli italiani ed oltramontani.

Ecco come il signor Galanti nella sua descrizione delle Sicilie espone il sistema del governo viceregnale.

« I vicerè governarono questo sventurato paese con principî di una politica scioperata ed insidiosa: ordinariamente il loro governo durava tre anni ed il loro ministero si riduceva a procurar gran sussidio alla Corte. Per aumentare le rendite del Sovrano, conveniva cominciare dall'aumentare quelle de' sudditi, e dal riguardar l'uomo come la principale mercanzia dello stato. Ma questo non poteva essere l'oggetto di ministri temporanei, intenti solo ad arricchir loro medesimi ed a versare straordinarî tesori a piedi del principe, per sostenersi nella carica. Fu anzi natural direzione del governo di condurre la nazione all'avvilimento ed alla servitù.

» Per sostenere le tante guerre, onde fu involta la monarchia di Spagna, si alienarono tutte le rendite della corona, si accrebbero gli antichi dazî e se ne imposero nuovi. Così non solo non si promoveva il commercio, ma si mettevano osta-

coli eterni a farlo in altro tempo fiorire. L'imperator Carlo V con procura in data de' 21 settembre 1526 da Granata, incaricò il Vicerè di vendere qualsivoglia città e terra e le *funzioni fiscali*, e di prorogare per un' altra generazione qualsivoglia ufficio. Mille volte si era accordato alla città di Napoli il privilegio di non vendersi i suoi casali, e nel 1639 furono tutti esposti in vendita. Per aver danaro si concedeva alle città demaniali il privilegio di consarvarle nel regio demanio, e poco dopo con mala fede si vendevano. Sotto al governo di Medina Las Torres si misero in vendita Sorrento, Aversa, Nola, Pozzuoli, Salerno, Cosenza. Nel parlamento del 1642 con un donativo se ne ottenne la sospensione. Le forze del regno si mandavano in Catalogna, in Portogallo, in Lombardia a combattere per le guerre della monarchia Spagnuola, mentre le nostre marine eran continuatamente esposte al saccheggio de' Maomettani, e gli abitanti eran condotti in schiavitù.

» Prima de' vicerè, i nostri sovrani discutevano i pubblici affari nelle assemblee nazionali, e vi facevan noti i bisogni dello stato, acciò i rappresentanti della nazione proponessero i mezzi più proprî e meno per i popoli gravosi. Nello stato di provincia, essi non videro più la nazione che governavano, e più non udivano le voci de' popoli nelle assemblee generali.

» Essi non ascoltavano che le voce de' ministri, e così all'interesse pubblico subentrò l'interesse privato, ed alla libertà civile il dispotismo. Quindi da' vicerè non potevano essere convocati i parlamenti che per imporre nuovi dazî, e nel 1642 furono interamente aboliti, poichè l'ultimo parlamento fu quello de' 14 settembre di detto anno. Così cessò interamente negli ordini dello stato l'onor nazionale e l'attaccamento alla patria.

» Alle assemblee nazionali furono sostituite le *piazze* della metropoli, ed a' lor deputati fu dato l'incarico di sostenere i dritti della nazione. Lo spirito e l'interesse di costoro non era quello delle province, onde per la nazione fu il colmo de' mali d'esser rappresentata dalla sua capitale. I Vicerè ottennero facilmente dalle *piazze* di Napoli ciò che vollero. Tre quarti delle terre del regno erano già in mano de' feudatarî, delle chiese e de' monaci, che sebbene godessero de' dritti della società, pure per privilegio erano esenti dall'obbligo di portarne i pesi. Dalle difficoltà di tassar i ricchi, ne derivò la necessità di calcare sul popolo, e di ridurre a privative fiscali le naturali produzioni, ed i generi di prima necessità. Il genio de' ministri fu fecondo in escogitar nuovi dritti fiscali, nuove regalie, nuovi dazî ed arrendamenti, ed altre oppressioni senza fine. Così si formò delle nostre finanze un caos di disordini e di orrori.

» Basterà accennare, che dal 1507 fino al 1646 si somministrarono in soli donativi ed in nuovi vettigali cento milioni di ducati. Per pagare somme così enormi, i nuovi dazî si concederono a coloro che somministravano prontamente il danaro, e contro a tutti i principî del dritto pubblico, per venderli con vantaggio si trasferiva nel compratore un dominio perpetuo, irrevocabile, che con linguaggio del foro dicesi *in solutum*.

» Collo sborso di tanti milioni che si pagavano dal Regno, le *piazze* di Napoli domandavano in grazia l'osservanza delle leggi che non si osservavano, mantenersi illesi i fedecommessi da' tribunali, franchigie per i cittadini napoletani, privilegi per i baroni, indulgenze a' rei, l'abbondanza della capitale, e di proteggersi i PP. riformati di S. Lucia del Monte. Queste domande, meglio di ogni altra cosa mostrano lo stato di servitù e di avvilimento, in cui era caduta la nostra nazione. Non

si possono leggere i *capitoli e grazie della città di Napoli*, senza sentimenti di pietà e di compassione. Le cariche politiche eran occupate dagli stranieri, mal informati delle cose, e che la governavano come oggetti di commercio. Quindi la nazione cadde nell'ultimo avvilimento e nella stupidità. Le buone discipline vennero ancora meno: l'università degli studî fu quasi estinta; le arti, il commercio, l'agricoltura andarono in rovina; e più volte le pubbliche calamità si videro giunte all'estremo. Le leggi non parlavano più col linguaggio della nazione e niuna cosa più di questa contribuì ad avvilire il nostro sventurato paese ».

40. Dopo questa grave descrizione dello stato politico e morale dello stato sotto il governo viceregnale, si comprende facilmente lo spirito delle leggi che doveronsi emanare. Alle tante leggi preesistenti i vicerè aggiunsero le loro che erano una dipendenza delle ragioni de' tempi.

La legislazione civile che riguardava le relazioni de' privati fra loro non soffrì mutamento, e si aggiunsero alcune disposizioni concernenti l'antefato, l'arresto personale in materia civile, taluni contratti. Si moderarono le pene stabilite nella costituzione di Ruggiero pe' matrimonî clandestini. L'attuale sistema dello sfratto delle case che in Napoli segue nel dì 4 maggio, e quando detto giorno viene di Domenica, à luogo nel Lunedì, rimonta alla prammatica del conte di Lemos de' 24 marzo 1611.

La legislazione penale del governo viceregnale dimostra lo stato deplorabile del regno. La storia degl' *Indulti* dal 1516 in poi presenta lo stato di reazione ed il numero de' rei. Ottantasette prammatiche prescriventi pene severissime per gli asportatori di armi non furono sufficienti ad arrestare gli uomini abituati al delitto di astenersi dalle armi. La corruzione de' funzionarî di ogni amministrazione era tale, che tra le grazie chieste all'Imperatore Carlo V vi fu quella della sospenzione di tutt' i magistrati, cominciando dal presidente del Sacro Consiglio e reggente del Collaterale fino all' ultimo subalterno.

Da ciò nasce che, mentre sul cominciare del secolo XVI spuntò in Italia la prima luce di quella giurisprudenza forbita dagli studî critici e filologici, ossia *giurisprudenza storica*, per opera del milanese Alciato (n.41), non fu seguita nel nostro foro, nell'atto che salì in tanto onore in Francia ed in Olanda: nè per noi può vantare chi pareggi nell'acuta investigazione e nell'erudita illustrazione de'testi un Carlo Molineo, un Guglielmo Budeo, un Cujacio, un Noodt, e tutta la scuola che camminò sulle tracce de' due Gotofredi. E nel secolo XVII cominciato avendo la giurisprudenza storica ad accompagnarsi con la filosofia del dritto per opera di Bacone e di Grozio in Inghilterra ed in Olanda, nel regno cominciarono a gustarsi questi studì non prima di Francesco d'Andrea, e le dottrine di Gravina e di Vico rimasero rilegate nella Cattedra.

Il governo adunque trovandosi inviluppato fra cattive leggi ed in una pessima amministrazione, il foro cadde in una strabbocchevole escrescenza. La legislazione romana per se stessa complicata richiedeva studì severi e profonda meditazione; ma non era sufficiente a'giurisperiti la conoscenza di queste leggi soltanto. Le costituzioni, i capitoli, i riti, le consuetudini cò' loro voluminosi comentarî, le prammatiche che si moltiplicavano, le infinite controversie giurisdizionali per esser cresciuto il numero degli ufiziali e de' tribunali, presentavano ampia materia a giudizî inestrigabili. Oltre a ciò, il dritto feudale in un regno diviso in tante piccole baronie, ed il dritto canonico che in niun governo quanto nel nostro presentò tanta materia da disputare su' confini dell' una e dell' altra potestà,

eran ragioni bastanti a rendere la giurisprudenza inviluppata in modo che la legislazione non ebbe più principi fissi, le decisioni de' tribunali divennero arbitrarie.

Sono queste le cause per cui il numero de' forensi crebbe considerevolmente in un paese in cui per tante vicissitudini non vi era sorgente di prosperità pubblica, e tutti piombavano nella capitale per trovare nel foro i mezzi di migliorare i personali interessi. Tutte le classi dello stato adunque furon trascinate a litigare, ed i talenti si svilupparono ne' mezzi da eternare le liti e da rendere inefficace la forza delle leggi. Non si studiò che l' uso del foro, dal quale l' arte si apprese di difendere tutte le opinioni. Quindi non vi fu dritto che non potess' essere combattuto, non vi fu proprietà sicura di non essere distrutta, non titolo cui non si potesse opporre un' eccezione capace di trionfare, e le difficoltà poi per trovare il giudice competente si moltiplicarono all'infinito. Così, conchiude il Galanti, questa classe di tribunalisti acquistò sempre maggior considerazione, e la voce di *paglietti* divenne l' unica ragione di stato; non si poteva esser cittadino senza aver bisogno di avvocati, i quali si fecero un gergo di giurisprudenza che assicurò l'impunità a' rei di mala fede, e rese la condizione del debitore preferibile a quella del creditore.

Per la qual cosa non è da meravigliare, che in quest'epoca grande fu il numero degli scrittori che si occuparono ad illustrare le diverse parti del dritto, e da noi menzionati parlando delle varie compilazioni delle leggi. Quì vogliamo far parola de'*decisionisti*, metodo d'interpetrazione che, come dicemmo, prende origine da Matteo d' Afflitto.

Furono celebri decisionisti Antonio Capece, Tommaso Salernitano, Moles, Gizzarello. Si distinse sopra ogni altro Vincenzo de Franchis nominato consigliere del Sacro Regio Consiglio sotto Filippo II nel 1592, e che poscia fu Presidente dello stesso Tribunale. Le decisioni di questo giureconsulto acquistarono grido in Europa, e posteriormente furono stampate con le note di Amendola, di Ricci, e più pregevoli sono quelle del canonico Carlantonio de Luca.

I decisionisti del secolo XVII furono anche innumerevoli, e questa maniera di opere diventò necessaria, perciocchè fu imposto a' giudici di attenersi, come a legge consuetudinaria, al tenore costante de' giudicati; e la scienza de' casi, delle opinioni, delle limitazioni, e la giurisprudenza de'*consigli*, delle *Risoluzioni* e delle *Decisioni* formavano tutto il sapere forense. Rovito, oltre il comento alle prammatiche, pubblicò le sue decisioni, e decisionista fu pure Marcantonio de Ponte Presidente del Sacro Consiglio. Gianfrancesco Sanfelice reggente della G. Corte della Vicaria, oltre la *pratica giudiziaria*, pubblicò le sue decisioni sulla ragion penale. Le consultazioni e le decisioni di Ettore Capocelatro ebbero grande autorità. I *consigli* di Marcello Marciano e le *disputazioni* di suo figlio Francesco, e le *controversie* di Francesco Merlino furono applaudite. Donatantonio de Marinis Reggente del Collateral consiglio compilò due volumi di *risoluzioni*. Illustre fu da ultimo Giuseppe de Rosa per le dotte sue *consultazioni*.

41. Ma nella dolorosa istoria del governo viceregnale ed in mezzo alla turba de' curiali, l' animo deve sollevarsi nel riflettere che l' amore della scienza e della letteratura non era estinto nel petto de' Napoletani. Fin dalla metà del secolo XVII, se la moltitudine de' curiali era ignara del mutamento fatto in Europa nella scienza del dritto, così che il foro rimase pratico, nelle Cattedre e particolari uomini tentarono con successo di richiamare l' avvocheria e le dottrine del dritto pel no-

vello cammino. E qui è mestieri premettere il movimento scientifico che in Europa si sviluppò ne' secoli XVI e XVII.

L' Italia avea messo al giorno, per l'Europa moderna, la scienza teoretica; e Savigny ha presentato sotto il più alto punto di veduta i servigi che i glosatori fino al secolo XV àn renduto alla scienza. Nel secolo XVI Andrea Alciato giureconsulto Milanese si portò in Francia, si propose di cangiare interamente la scienza del dritto e fondò una nuova scuola. Egli preparò il gran secolo XVI della giurisprudenza francese. Cujacio nato a Tolosa nel 1522 divenne il vero fondatore della scuola istorica, ed introdusse nella scienza eleganza e purità di principî. Col soccorso della letteratura e della filologia egli intraprese la carriera di giureconsulto. Egli si avvidde che il corpo del dritto romano era un codice di leggi, una legislazione omogenea che bisognava studiare ne'suoi veri elementi; e che fece egli? In faccia a Triboniano che avea confuso ed alterato i principî della scienza la storia dell' antichità la filosofia de' giureconsulti, concepì l'ardito disegno di ricomporre il diritto romano, di mostrare che ciascun giureconsulto rappresentava un sistema. Annotò Ulpiano e Paolo, comentò Africano, e divenne il ristoratore di Papiniano.

Contemporaneo di Cujacio fu Ugone Donnello, che rese alla scienza importanti servigi.

Da questi giureconsulti derivò quella scuola classica di Francia, e delle altre parti di Europa. Se prima di Cujacio il diritto controverso non era che una sterile raccolta di opinioni contrarie, dopo di lui, Voet chiamato il *geometra della giurisprudenza*, nuova forma e filosofia portò alla parte più difficile della giurisprudenza, al dritto controverso.

Ma ne'secoli XVI e XVII non solo la parte che riguardava la giurisprudenza, ma anche le altre discipline eran in movimento, religione, politica, letteratura, filosofia. Noi dobbiamo limitarci a far parola de' filosofi risguardati come giureconsulti e che produssero grandi vantaggi agli studî di legislazione e di giurisprudenza.

Bacone, il gran cancelliere d'Inghilterra sotto il regno della regina Elisabetta, profondo filosofo, politico e letterato, fu un giureconsulto che seppe ravvisare nella giurisprudenza la filosofia del dritto. Fu grande maggiormente per le lezioni che diede agli uomini sull'avanzamento della scienza universale, e preparò quelle grandi riforme che dopo circa due secoli si verificarono.

Nel principio del secolo XVII comparve in Olanda Ugone Grozio, che col suo libro *de jure belli et pacis* fondò la scienza del diritto delle genti, e seppe revindicare i dritti dell'umanità in tempi in cui l'Europa era lacerata da guerre crudelissime. Come giureconsulto compose una *introduzione alla giurisprudenza olandese*, ed illustrò più parti del dritto romano nel suo *Florum spartio ad jus Justinianaeum*. La filosofia del dritto à trovato in questo giureconsulto Olandese utili progressi.

Oltre a ciò, i più grandi ingegni dell' Italia e della Francia concorrevano alla grande opera dell'illustrazione del medio evo e della scienza diplomatica, e la invenzione de'giornali letterarî e scientifici nella Francia, nell'Inghilterra e nell'Olanda valsero a comunicare facilmente i pensamenti de' dotti, e così accelerare i progressi nelle sociali istituzioni ed in tutte le arti e discipline.

Queste novità letterarie di Europa, e questa ristaurazione negli studî non penetrarono verso la fine del secolo XVII nella moltitudine de'curiali, poichè la curia

continuò ad essere puramente pratica; ma nelle cattedre vi allignarono, perchè trovarono uomini che sapevano apprezzare i progressi delle scienze. Così nelle cattedre si cominciarono ad insegnare le leggi con i nuovi metodi della scuola storica di Francia, e le discettazioni legali si deciferavano con i veri principî di giurisprudenza. La filosofia non rimase rilegata ne' chiostri, nè era ridotta a sterili sottigliezze di logica e metafisica, ma prese un nuovo lustro, ed i principî ideologici servivan pure di base agli studî legali. Così si viddero Giannandrea di Paolo, Ottavio Vitagliano, Caracciolo, Giambattista Cacace e qualche altro che cominciarono nelle cattedre l'interpetrazione storica e'l nuovo metodo forense, ed a preferenza si distinse Domenico Ausilio peritissimo nella ragion civile e canonica. Compiè l'opera Gianvincenzo Gravina, e nel foro e nella pratica de'giudizi introdussero il nuovo metodo Francesco d'Andrea e Gaetano Argento.

Francesco d' Andrea non à scritto un gran numero di opere, ma con la voce e con l'esempio intese a ristorare la nostra giurisprudenza. Oratore esimio, conoscitore profondo de' migliori classici Francesi ed Italiani, acquistò nell' Avvocheria tal grido che gli valsero l'ammirazione di Europa. Le opere di Cujacio si viddero per d'Andrea citate nel foro: ne' suoi scritti l'eleganza l'erudizione e la critica sono ammirevoli. Stimatissima è la sua *dissertazione feudale* sulla successione dei fratelli; ed il suo *Ragionamento a' Nepoti* è un prezioso monumento di storia per lo squisito giudizio che in esso ci dà dello stato in cui egli avea trovato gli studî e l'eloquenza forense ne' tribunali. In una parola, d'Andrea è quegli che creò nel foro napoletano i veri giureconsulti che si distinsero da' meri forensi.

Non è meno degno di ricordanza Gaetano Argento, che di oscuri natali, pe'suoi sublimi talenti e profonde cognizioni istoriche scientifiche e letterarie meritò di essere elevato alla dignità di Presidente del Sacro Consiglio, ed il suo nome sarà tramandato alla più tarda posterità. Egli travagliò non poco per sostenere la regia autorità, i dritti de' nazionali in faccia alle altrui pretensioni, ed andrà sempre ad onore della magistratura napoletana l'aver contribuito a sostenere i dritti della regalia. Gaetano Argento con una investigazione profonda de' concili, degli scritti de'Padri della chiesa introdusse principî solidi su'dritti della regia potestà; e le parole ed i suoi scritti in tanta maggior autorità e venerazione vennero, quanto dalla materia giurisdizionale nella dommatica mai non trascorrendo, era in concetto di puro ed interrotto cattolico tenuto.

Chiudiamo questa parte del nostro discorso con Gianvincenzo Gravina, che à un' importanza nella storia della nostra giurisprudenza non solo, ma in quella di Europa, poichè senza del Gravina la Francia non avrebbe avuto un Montesquieu.

Nacque il Gravina in Roggiano nella calabria citeriore nell'anno 1664, e visse alternativamente in Napoli e Roma: egli portò al più alto punto di perfezione il nuovo metodo forense. Colla sua grande opera *delle origini del dritto*, *originum juris civilis libri tres* egli non solo rappresentò l'imagine dell'edificio intero della romana giurisprudenza, ma insegnò la vera forma di storia e bibliografia forense, raccogliendo come in grandi schiere le scuole di dritto sino a'suoi tempi, e divisando il merito e l'uso di ciascuna: egli è vero che le brevissime notizie delle vite de'dottori che si racchiudono in que'libri delle origini, non adempiono certamente i voti de'critici e degli eruditi, ma sono abbellite da tanta eleganza di concetti e di stile, che sotto tale aspetto possono proporsi a modello. Nel campo della gloria adunque Gravina è celebre, e la moderna scuola storica di Alemagna

non à renduto la dovuta giustizia al Gravina che occupa nella scienza della storica interpetrazione un posto luminoso.

§ VI.

Movimento filosofico del secolo XVIII. Stato della legislazione sotto la Borbonica Dinastia.

42. Giammai fu tempo più fecondo di benefizi per la razza umana, quanto quello del secolo XVIII. La letteratura universale di Europa era in progresso, e gli studi profondi di legislazione e di politica esercitarono grande influenza ne' miglioramenti sociali.

L' Italia ebbe a risentire anch' essa gli effetti di sì benevole influenza. Caduto nelle due Sicilie il potere viceregnale, si riorganizzò una monarchia indipendente nella mani di Carlo III figlio di Filippo V. Per sì felice avvenimento un governo savio era promesso a' popoli delle due Sicilie, poichè da Carlo III la scienza venne accolta e protetta come un mezzo da elevare lo spirito de' popoli e d' illuminare il governo.

In Roma i Pontefici Benedetto XIV, Clemente XIII, Clemente XIV e Pio VI, uomini di lettere e di Stato, seppero profittare de' lumi de' loro tempi.

Il Gran Ducato di Toscana ebbe anche un governo illuminato dalla sapienza legislativa di Leopoldo, quantunque in talune disposizioni non abbia meritato le lodi della posterità.

In tanto lume del secolo XVIII, ed in tanta protezione accordata alle scienze da' governi, conviene che noi c' interteniamo alquanto nelle opere di que' dotti che prepararono le grandi riforme, donde derivarono le nuove istituzioni.

Tre luminari sursero sul principio del secolo XVIII nel foro napoletano: Nicola Capasso, Pietro Giannone, Giambattista Vico.

Nicola Capasso professore di dritto canonico nella regia università degli studî di Napoli, d' ingegno veloce e perspicacissimo infiammava i petti della gioventù nella nuova interpetrazione delle leggi introdotta da d'Andrea e seguita con gran successo da Gravina. Profondo nella ragion canonica, non fu secondo ad alcuno de' suoi tempi, e nelle disputazioni canoniche introdusse quella vera erudizione storica da illuminare l' intelletto e penetrare con acume ne' veri principî della scienza.

Pietro Giannone avvocato napoletano concepì l'ardito disegno di scrivere la storia civile del Regno di Napoli, e dimostrare al mondo che la storia delle nazioni non si compone della sola narrazione delle guerre e de' trattati, e che parte essenzialissima debb' essere la descrizione delle leggi delle opinioni de' costumi, della condizione politica e morale della nazione, e spiegare le cause degli avvenimenti, e de' civili instituti. Egli adunque con la sua storia civile abbracciò la storia universale del regno, ed avendo studiato per quanto gliel permettevano la ragione degli studî a' suoi tempi e la fortuna della travagliata sua vita, la ragion civile canonica e feudale, accompagna questi tre elementi della scienza negli effetti veri ed immediati sopra i popoli delle due Sicilie. Che se molte imperfezioni si sono notate nella sua opera, massime pel suo torto sentire in materia di religione, e perchè la cronologia degl'imperi orientale ed occidenale e di tutto il medio evo, non che la scienza diplomatica non gli eran a fondo note, non cessa

di esser vero che l' opera di Giannone contiene in gran parte de' preziosi monumenti di sapienza, ed è stata ammirata e tradotta dagli stranieri.

Eccoci giunti a dir qualche cosa di Vico, giureconsulto napoletano, ed uomo di genio singolarissimo. Egli tentò di creare la filosofia del dritto e di riconciliare l' interpetrazione storica con l' interpetrazione filosofica nelle leggi. Unire le idee ed i fatti, far discendere ciò che è da ciò che deve essere, e spiegare gli atti dell'uomo dalle leggi del suo pensiero, ecco l' opera di Vico. Platone, Tacito, Bacone e Grozio erano i suoi autori favoriti: scorgea nel primo l' uomo qual esser debbe; nel secondo l'uomo qual è; nel terzo i germi di nuove scoverte; nel quarto l'idea di rettitudine ne'corpi sociali. Ravvisare adunque la investigazione ed osservazione storica alla più sottile investigazione dell' umana coscienza, e quindi trarre la vera origine storica e filosofica del dritto, è l'oggetto delle due grandi opere di Vico, la *scienza nuova*, e'l libro *de universi juris uno principio et fine unico*, che tanto bene è stato spogliato nella sua *procedura penale* dall' illustre magistrato Nicola Nicolini.

Vico però visse straniero in mezzo a noi, e le sue opere per circa un secolo giacquero non curate o non comprese. Un genio superiore al suo secolo non potette essere compreso se non quando, dopo lungo intervallo, gli uomini percorsero lentamente quel cammino ch' egli per prodigio di natura avea trascorso quasi di volo. Da pochi anni Vico è ammirato in Europa, e con soddisfazione si vede citato nelle opere classiche de' moderni, e 'l suo metodo seguito.

43. Mentre la scienza faceva questi progressi nel regno, la filosofia francese del secolo XVIII era in gran movimento, ed in mezzo a tanti sistemi sul governo civile, il genio di Montesquieu attirò la universale attenzione. Con *le lettere persiane* pubblicate nel 1722 diede pruova del suo talento; poco dopo pubblicò *le considerazioni sulla grandezza e decadenza de'romani*, libro nel quale riassume in poche pagine la storia politica de' romani; e se in processo di tempo con più profonde ricerche i fatti sono stati con miglior critica considerati, sempre il libro in parola è un monumento nel quale vi è da ammirare la brevita e la concisione del genio in un soggetto immenso.

Ma Montesquieu meditava un' opera con la quale dovea rendere grande utile alla umanità, e per riuscire nel suo vasto disegno non bastava la conoscenza dell' antichità, i costumi di Parigi, ma era necessario conoscere ciascun popolo di Europa. Andò a Vienna, dove fu onoratamente accolto dal principe Eugenio ed ebbe agio di studiare i costumi del paese. Passò in Italia e si fermò a Firenze, dove ammirò la condotta del governo: di là venne a Venezia, il cui celebre e misterioso governo fece grande impressione al suo spirito. Renduto sospetto al governo, partì per l'Olanda, che gli offriva meglio di Venezia l' immagine della libertà industriosa e de' costumi repubblicani. Dall' Olanda s' imbarcò per l' Inghilterra, dove esaminò a fondo la costituzione politica di quello Stato.

Dopo due anni di soggiorno in Londra, ritornò Montesquieu nella patria, arricchito di novelle idee; e dopo venti anni di travaglio mandò a termine la celebre opera *dello spirito delle leggi*. Il soggetto è per sè stesso il più grande che possa proporsi lo spirito umano, la filosofia delle leggi, la scienza dei principî e delle regole che fanno esistere gli stati. La pubblicazione di quest' opera impressa a Genova ebbe luogo nel 1748, fu rapidamente sparsa in Francia in Inghilterra ed in Italia, ed in 18 mesi se ne fecero ventidue edizioni. Le quistioni del governo civile eran divenute il più grande oggetto de'

desiderî di Europa in mezzo ad un scetticismo di un'astratta filosofia, ed un'opera nuova e di genio non poteva essere scritta con più riserva e moderazione. Pochi libri intanto sono stati più contraddetti, quanto *lo spirito delle leggi*, nell'insieme e ne' dettagli. Vi si sono rilevate delle divisioni arbitrarie, delle false conseguenze, de' fatti inesatti, ed à subito i più vivi attacchi da Voltaire in poi, massime sugli effetti immensi che si attribuiscono all'azione del clima. Quantunque l'ideologia l'avesse sottoposta ad un esame critico, e la scienza politica l'avesse lasciata indietro; malgrado questi attacchi e questi progressi, il monumento non à perduto il suo pregio, e sussiste tuttora. Le vedute generali sono vive e giuste, e se vi à a rimproverare errori particolari, in un' opera di genio non si contano che come le frazioni di un gran calcolo. Montesquieu, in una parola, à insegnato a' legislatori l'arte di comporre le leggi; ma della sua opera non può dirsi assolutamente *prolem sine matre creatam*, come la chiama lo stesso Montesquieu, perciocchè era stato preceduto nella carriera dagl' italiani. Egli avea studiato troppo Macchiavelli e Gravina, e gli eruditi dubitano se avesse letto Vico. Il dotto francese Requier nel 1755 pubblicò la traduzione del Gravina, intitolandola *esprit des lois romaines,* e nelle opere de'nostri indicò le fonti di quella di Montesquieu; ma con eccesso l'accusò di plagio. Anche Lerminier à tutte le ragioni da credere che Vico fosse stato letto da Montesquieu.

44. La filosofia della Francia che domandava la riforma sociale a'governi passò in Italia; e trovò in Toscana ed in Napoli un accesso facile, poichè una buona amministrazione tendeva a' miglioramenti moderati e successivi. Testimoni Beccaria, Genovesi, Filangieri, Mario Pagano.

Gli antichi legislatori ritenevano la distribuzione delle pene e della pompa de' supplizî come un' arma potente con cui si opponevano facilmente alle audaci intraprese. Quindi barbare le leggi, atroci le pene. La società non si difendeva che opponendo la forza materiale, e non di rado la durezza delle leggi, il numero dei supplizî tenevansi per essi in conto di saviezza e di desiderio di proteggere il pubblico. Era questo lo stato della giurisprudenza penale tanto in Italia, che presso le altre nazioni, quando nel 1766 Cesare Bonesana Marchese di Beccaria con un piccol libro *de'delitti e delle pene* tentò di strappare dalle mani de'carnefici le ruote e le tanaglie, di rompere gli eculei e di far sedere la filosofia ne'santuarî della giustizia. Dimostrò che « ogni pena perchè non sia una violazione di uno o di molti contro » un privato cittadino, dev' essere essenzialmente pubblica, pronta, necessaria, » minima delle possibili nelle date circostanze, proporzionata nei delitti, dettata » dalle leggi ». Profondi pensatori dell' Italia, della Francia e di tutta l' Europa applaudirono alla maggior parte delle dottrine di quest' aureo libro, e fu subito tradotto in Francese dall'abbate Morellet, cui in risposta dichiarò Beccaria di aver attinto le sue idee da filosofi della scuola di Francia, e che la lettura di d' Alembert, di Diderot, di Elvezio, dell'inglese Hume e soprattutto *lo spirito delle leggi* di Montesquieu avean prodotto una rivoluzione nel suo spirito. Meritò questo libro un comentario di Voltaire, il quale agli argomenti razionali del primo autore aggiunse l' efficacissimo corredo di citazioni storiche che accertavano la verità dei mali cui si voleva rimediare. E le altre parti di Europa non aspettarono la morte di Beccaria per tributargli i debiti encomî: egli ebbe a consolarsi nel vedere il suo libro tradotto con applauso nelle lingue Francese, Inglese, Olandese, Tedesca, Spagnuola; e poco dopo la sua morte fu anche tradotta nel 1803 in lingua russa, e nel 1802 in lingua greca volgare.

45. L'abate Antonio Genovesi nato nel 1712 a Castiglione vicino a Salerno professò, dopo Vico, con gloria la metafisica: sostituì alla credulità il dubbio filosofico, all'autorità il raziocinio. Egli fu il primo che fece conoscere all'Italia le dottrine di Leibnitz, di Locke e de'filosofi francesi. Fra le sue opere per le quali salì in gran fama, sceglieremo quelle sole che lo fanno appartenere a' filosofi del dritto. La *Diceosina* ed il trattato *de jure et officiis* sono un tesoro delle più belle parti di sapienza morale e civile. La religione, la morale, la politica, le scienze, le arti, sono tutti questi elementi dell'umanità sempre presenti innanzi alla mente del Genovesi, il quale amico sincero degli uomini, non declamava contro i vizî e gli errori de' medesimi, ma era suo proponimento d'insegnare che i legislatori dovean cercarne le ragioni ed i rimedî.

Non si arresta quì la carriera di Genovesi. Bartolomeo Intieri lasciò una somma per istituire una cattedra d'*Economia politica* colla condizione che s'insegnasse in italiano, e che Genovesi ne fosse il primo professore. Il Genovesi nel 1765 montò sulla cattedra di economia politica; ed in tempi in cui nell'Europa non ancora vi eran cattedre o trattati di Economia, adempì degnamente a' voti del testatore, ed inspirò nella gioventù napoletana tanto amore a questa scienza colle sue lezioni, che in Napoli non si parlava più se non di agricoltura, di Economia e di Commercio. Ridusse in iscritto le *Lezioni di Commercio e di Economia civile*, e con esse anticipava di molto i progressi che àn fatto in Francia ed in Inghilterra le scienze economiche, scienze che esse sole fan conoscere i veri rapporti che uniscono gli uomini in società; mettono in veduta i principî del dritto nelle quistioni che suscitano gl'interessi de' capitali, la rendita delle terre, le manifatture ed il commercio; determinano l'importanza delle arti, e le leggi che il loro esercizio reclamano; esercitano una benefica influenza nell'amministrazione della giustizia, e sugli altri rami di governo. La società, i beni che la fan sussistere non sono eglino la materia sopra la quale si esercitano le leggi civili e criminali?

46. Vengo ora a Filangieri, di cui non intendo lodare gli errori di religione e que' di politica in cui lo spirito di novità lo fecero cadere. Egli cominciò la sua brillante carriera, tributando un omaggio al nostro Re Ferdinando IV. Questo savio principe seguendo le orme del suo gran genitore Carlo III, era fermo nel proponimento di far prosperare i suoi popoli: l'illustre suo Ministro Marchese Tanucci propose per migliorare l'amministrazione della giustizia una legge, con la quale i giudici fossero obbligati di motivare le loro sentenze, e che le decisioni delle cause dovessero aver luogo a tenore delle leggi, e non già esser fondate sulle opinioni de dottori. Con prammatica del 1774 (1) venne

(1) Questa prammatica è del tenor seguente:
« Continue essendo contro i tribunali le querele de' litiganti, o prevenuti dal proprio dritto o » impegnati a prolungare i giudizi, à finalmente risoluto il Re di darvi il più efficace riparo, ed » il più proprio per togliere alla malignità ed alla frode qualunque pretesto, ed assicurare nel» l'opinione del pubblico la esattezza e la religiosità de'magistrati. Vuole adunque il Re, anche » sull'esempio e sull'uso de'tribunali più rinomati, che in qualunque decisione che riguarda o » la causa principale o gl'incidenti, fatta da qualunque tribunale di Napoli o collegio o giunta, » o altro giudice della stessa capitale, che abbia la facoltà di decidere, si spieghi la *ragion di* » *decidere* o sieno i *motivi* su' quali la decisione è appoggiata. Incaricando *S. M.* per rimuo» vere quanto più si possa l'arbitrio da'giudizi ed allontanare da'giudici ogni sospetto di parzia-

questa legge adottata, e ricevè l'accoglienza e gli applausi de' soli filosofi; ma il volgo e la turba forense la riguardò come una perniciosa innovazione. Filangieri giovine avvocato nato in Napoli da principesca famiglia nel 1752, versato nelle lettere greche e latine, nelle matematiche, nelle scienze filosofiche, nella storia e nella giurisprudenza, imprese a difendere l'ordinanza reale con un opuscolo dedicato al Marchese Tanucci ed intitolato, *Riflessioni politiche sulla legge sovrana che riguarda la riforma dell'amministrazione della giustizia*: esaminò rapidamente le ragioni della giustizia della legge sovrana, dimostrò che l'arbitrio nel giudicare è incompatibile con la libertà civile, replicò alle obiezioni che, riguardo alla esecuzione della nuova legge, si promovevano dal sofismo e dal libertinaggio forense, e sviluppò un istinto pieno di sagacità per la legislazione. Il marchese Tanucci appena lette queste riflessioni fece al paese i più lieti presagi della riuscita meravigliosa del giovine autore, ch' eletto gentiluomo di camera di S. M. entrò nella Corte, ove conservò l'innocenza del costume e l'austerità della vita.

Filangieri adunque zelatore non meno ardente del Beccaria del miglioramento sociale, erasi pel suo ingegno ardentissimo elevato alla contemplazione del genere umano, e percorrendo rapidamente col guardo lo stato e la condizione de' popoli, gli entrò nel pensiero che gli uomini avrebbonsi potuto far buoni e felici con buone leggi, ed imaginò di compiere un'opera nuova, immensa, di creare cioè una legislazione universale a tutt' i luoghi, a tutt' i popoli, a tutt' i governi. Egli dichiara il suo disegno e lo scopo della sua opera così. *Molti ostacoli son tolti; altro non resta che intraprendere la riforma della legislazione. Pare che questa sia l' ultima mano che resta a dare per compiere l' opera della felicità degli uomini. — E' cosa strana: fra tanti scrittori che si sono consacrati allo studio delle leggi, chi à trattato questa materia da solo giureconsulto, chi da filosofo, chi anche da politico, ma non prendendo di mira che una sola parte di questo immenso edificio: chi come Montesquieu, à ragionato piuttosto sopra quello che si è fatto, che sopra quello che si dovrebbe fare; ma niuno ci à dato ancora* UN SISTEMA COMPIUTO E RAGIONATO DI LEGISLAZIO-

---

» lità, che le decisioni si fondino *non già sulle nude autorità de' dottori* che ànno pur troppo » colle loro opinioni o alterato o reso *incerto ed arbitrario il dritto*, ma sulle *leggi espresse* del » regno o comuni: e quando non vi sia legge espressa pel caso di cui si tratta, e si abbia da ricorrere alla interpetrazione o estensione della legge, vuole il Re che questa si faccia dal giudice, in maniera che le due premesse dell'argomento sieno sempre fondate nelle leggi espresse e letterali: o quando il caso sia tutto nuovo o totalmente dubbio, che non possa decidersi » nè colla legge nè coll'argomento della legge, allora vuole il Re che si riferisca alla M. S. per » attendere il sovrano oracolo. Nel tempo stesso poi che S. M. à provveduto al decoro de' magistrati, col risolvere ed ordinare che *decisioni così ragionate si stampino*, à pensato ancora al minor dispendio delle parti, volendo che se ne faccia la stampa privatamente dalla sua » stamperia reale, col pagamento di un carlino per ogni dieci copie stampate, quando la decisione non passi il mezzo foglio, e così a proporzione di uno o più fogli, e di maggior numero di copie che bisognassero alle parti, e colla prevenzione ancora, che quando gli atti si faranno *gratis* per la povertà del litigante, la qual cosa si dee spiegare in fondo della decisione, anche la stampa si farà *gratis*; ed affinchè questa sovrana risoluzione sia esattamente osservata, vuole il Re che la decisione la quale non sia così stampata, non faccia passaggio in » cosa giudicata, e si abbia per non fatta, e dichiarando ancora S. M. che per la solennità delle notifiche di tali decreti così stampati, debbon le stampe esser sottoscritte dal giudice o dal » commissario della causa, e dallo scrivano o attitante ».

Gaetano Carcani ebbe l'incarico di raccogliere le decisioni del S. R. C. col nuovo metodo.

NE; *niuno à ancora ridotta questa materia ad una scienza sicura ed ordinata, unendo i mezzi alle regole, e la teoria alla pratica.* *QUESTO È QUELLO CHE IO INTRAPRENDO DI FARE IN QUEST' OPERA*, *che à per titolo:* *LA SCIENZA DELLA LEGISLAZIONE*.

Della *scienza della legislazione* si pubblicarono nel 1780 i primi due volumi, e tre anni dopo il terzo e 'l quarto. Quest'opera fu divisa in sette libri: nel 1.°, dice il Filangieri medesimo, si esporranno *le regole generali della scienza legislativa;* nel 2.° si parlerà *delle leggi politiche ed economiche;* nel 3.° delle *leggi criminali;* nel 4.° si svilupperà quella parte della scienza della legislazione che riguarda *l'educazione, i costumi e l'istruzione pubblica;* nel 5.° si parlerà delle leggi che riguardano *la religione*; nel 6.° di quelle che riguardano *la proprietà*; nel 7.° ed ultimo finalmente si parlerà di quelle che riguardano *la patria potestà ed il buon ordine delle famiglie*. I soli primi cinque libri furono pubblicati, e prima che terminasse 36 anni l'autore cessò di vivere.

Quest'opera è scritta con profondità di dottrina, con calda eloquenza, e con libertà che fa onore alla savia amministrazione del governo di Ferdinando IV. Appena pubblicata, fu accolta con grande applauso in Italia non solo, ma anche oltremonti, e fu subito tradotta in francese, in tedesco, ed in lingua spagnuola, e fu reputata un prodigio di sapienza civile. Negli ultimi tempi si è cercato di dispregiare quest' opera come leggiera e superficiale. Benjamin Constant giunse a dire che all'opera di Filangieri *mancava la profondità di Montesquieu, la perspicacia dello Smith, e l'originalità di Bentham; e che in somma il Filangieri era piuttosto un cittadino di rette intenzioni, che un uomo di spirito vasto*. Presso a poco lo stesso giudizio ne à dato Lerminier, rimproverandogli di *non aver veduto il fondo dell'istoria, nè quello della natura umana; parla di legislazione senza esser passato per la metafisica, la psicologia la filosofia dell'istoria.* E Villemain, mentre non nega a Filangieri sentimenti generosi, talento e cognizioni, conchiude che *Filangieri è nato da Montesquieu; se Montesquieu non avesse scritto, se questo potente genio ed alcuni altri non avessero sviluppato il pensiero degli uomini, Filangieri non sarebbe stato dotato di tutto ciò; egli avrebbe vissuto plausibilmente in mezzo a' piaceri ed alle feste di Napoli*. Così suole avvenire delle opere che appena veduta la luce ricevono straordinaria ammirazione, quantunque a'grandi pregi accoppiassero grandi difetti che procedevano dall'età in cui viveva l'autore, e dalla natura dell'argomento; ma negare a Filangieri profondità, perspicacia ed anche originalità, è lo stesso che sconoscere la storia vera della filosofia del dritto. Imperciocchè il Filangieri à illustrato teoriche antiche ed oscure, à esposto verità importantissime di politica e di economia, e nella interpetrazione delle leggi civili e criminali à bene spesso mostrato tanta maestria, che niuno de'secoli precedenti era arrivato a quel punto. E noi volentieri ci arrestiamo su questo benemerito scrittore, e rispondono al dispregio la venerazione de' più dotti critici, non che le benedizioni degli uomini, mentre quanti errori sono stati distrutti e quante lagrime asciugate mercè la sapienza politica del Filangieri! Il nostro codice penale che è il migliore di quanti l' Europa ne vantasse, contiene massime di filantropia e di umanità ricavate da' libri di Filangieri, e la Francia nel 1832 invocava l'autorità del nostro codice penale per la riforma del suo.—Troppo lungo catalogo converrebbe di tessere per ricordare i nomi de' più insigni letterati d' Italia e d' oltremonti che ànno con intima e sicura convinzione dichiarato che i libri di Filangieri debbono studiarsi da tutti coloro

che amano perfezionarsi nella scienza legislativa. Ci piace solo ricordare, che un giudizio sensatissimo della *scienza della legislazione* fu dato da Gustermann che ne pubblicò la sua versione tedesca. Non crede egli di offender l'ombra dell'autore dello *Spirito delle Leggi*, chiamando Filangieri il *Montesquieu dell'Italia*. « Tutti due questi autori, egli dice, àn meditato sull'istoria degli antichi con quello spirito di speculazione e con quell' occhio osservatore ch' è proprio del filosofo e del politico. Tutti due conoscono appieno l'istoria delle nazioni presenti e passate, e le costituzioni loro. Essi ne giudicano da grandi filosofi; ciascuno relativamente alla qualità del soggetto che tratta. La differenza che passa fra questi due grandi uomini, è che Montesquieu mostra le leggi come sono, e perchè così sono; il Filangieri al contrario insegna come debbano essere, e perchè debbano essere così. Montesquieu non osserva veruna dimostrazione nelle progressioni e nelle conseguenze. Il Filangieri all'incontro propone gli assiomi per ciascun oggetto principale della legislazione; e dopo averne stabilito e fissato le idee, da queste idee chiare, e dalla loro applicazione agli assiomi, fa nascere le conseguenze, e formandone nuovi assiomi, ne trae da essi nuove conseguenze. Con tal metodo egli sommamente facilita lo studio della legislazione a coloro che vi si applicano. Egli non sagrifica all'idolo de'nostri tempi, che è quello di declamare invece di ragionare. È vero che anche talvolta declama; ma lo fa soltanto dopo aver dimostrato bastantemente e rischiarato per via di principî la materia che tratta. È allora che egli riscalda il cuore per fare riposare la ragione, e per prepararla a ciò che segue ».

47. Chiude la schiera de'filosofi del dritto del secolo XVIII Mario Pagano. Con i suoi *saggi politici* volle interpetrare la storia delle leggi e de' popoli. Egli ebbe in animo di svolgere la gran teorica dello spiritualismo di Vico, ma il suo animo era pieno pure del sensualismo della scuola di Francia. Come avvocato nella ragion penale avea meditato su'fatti, sulla natura de'giudizî, sulla pessima inquisizione de'processi, e con la sua *logica de'probabili*, e col *processo criminale* fu uno de'primi a sostituire al giudizio servile il criterio morale, ed a dar norme legali sulla istruzione delle pruove.

48. In questo progresso della scuola filosofica del secolo XVIII gli abitatori delle Sicilie uscirono dal durissimo governo viceregnale, ed aprendo il petto alle speranze, volentieri si affollarono al novello trono indipendente di Carlo III, lieto principio di dominio ch'era per durare più tempo de' precedenti. Circondato il trono di Carlo III e del suo successore Ferdinando IV da uomini illuminati che sapevano corrispondere alle benevole intenzioni de' principi, non può dubitarsi che i bisogni del regno doveano essere presi in considerazione, e la riforma della legislazione dovea essere il mezzo indispensabile per conseguire il nobile fine. Ma il governo ben conosceva che le profonde piaghe della passata amministrazione non potevano di fronte e ad un tratto sanarsi: le tristizie del baronaggio e del brigantaggio, la indiscretezza ed ineguaglianza delle contribuzioni, la iniquità delle procedure criminali e civili, la crudeltà delle pene, il disordine e sfrenatezze di tutte le amministrazioni esigevano energiche, ma successivi rimedî. Gli effetti di cattive istituzioni fruttano danno e dolore per lunga stagione.

49. Passiam'ora a vedere le riforme legislative che la Borbonica Dinastia seppe dal 1738 in poi adattare al regno.

Ed in prima per rispetto al baronaggio, conosciuta la difficoltà di abbatterlo di fronte, il governo procurò con miglior consiglio di reprimere gli abusi feudali. Di già la pubblica opinione erasi manifestata contro il sistema de'feudi, le

penne de' nostri più colti scrittori sollecitavano una riforma, e quantunque nel regno il potere de'comuni non erasi elevato come in Francia e nell'Italia superiore per contrastare alla corrotta ed odiata aristocrazia feudale, pure la giurisdizione regia dilatava sempre il suo dominio, e nelle liti accese fra i baroni, i comuni o i particolari, bene spesso la peggio era di quelli. Così il governo secondato dalla pubblica opinione restrinse la giurisdizione baronale, abolì la prelazione pretesa da'feudatarî nella vendita de'frutti prodotti nel feudo, i pedaggi, ordinò la divisione delle terre soggette a servitù, e la divisione de' demanî. Nobile fu il sistema di sopprimere nelle nuove vendite de' feudi devoluti al fisco la qualità feudale e la giurisdizione. Ma la feudalità a misura che vedeva vicina la sua caduta, procurava di allontanare o eludere le provvide misure del governo. I baroni, osserva Davide Winspeare, riuscirono a mettere in diffidenza il governo, che arrestò ogni progetto di riforma, e qualunque discussione di opinione; ad alimentare lo spirito di discettazione e sovente di contraddizione nelle decisioni de'tribunali; ed a raddoppiare col ceto forense già tenace ne' suoi pregiudizî, quella influenza che faceva piegare alla difesa delle loro cause il talento, l'eloquenza e bene spesso la cabala; per cui verso gli ultimi tempi la feudalità sembrò alternativamente caduta e vicina a risorgere.

50. La polizia ecclesiastica meritò le cure del governo. Un concordato tra Carlo III ed il magnanimo Pontefice Benedetto XIV del 1741 restrinse la ecclesiastica giurisdizione e sottopose a contribuzione i beni ecclesiastici. Indi ne vennero le leggi di *ammortizzazione* del 1769 con cui furono i luoghi pii e le Chiese dichiarate incapaci di acquistare.

51. L'amministrazione delle finanze richiamò pure l'attenzione del governo, e l'importanza di quest'amministrazione si era aumentata, perciocchè le terre in gran parte erano divenute feudali o cadute in mano degli ecclesiastici coll'esenzione di portare i pesi dello stato, così che le terre ch'eran rimaste non potevano sostenere i pubblici pesi. I tributi personali, ossia il *testatico*, era un peso destinato all'industrioso agricoltore ed a'padri di famiglia indigenti. Dippiù, sotto la influenza di una legislazione viziosa le imposizioni non eran regolate per la tutela della cosa pubblica. Il governo perciò, per quanto le circostanze e le cognizioni finanziere del tempo il comportavano, procurò di proteggere l'interesse dello stato, avendo sottoposto per effetto del Concordato a contribuzione i beni ecclesiastici, ordinò la riforma del catasto, si avviò la incamerazione degli arrendamenti, e si cercò di tenere un conto più esatto de' prodotti doganali. « Io son convinto, così parla di *economia politica* il giudizioso Verri, che se il retratto delle pubbliche imposizioni fosse stato sempre impiegato con giudizio, il pubblico considererebbe quella gravezza come un debito sacro: chiunque tentasse di esimersene, incorrerebbe nello stesso biasimo di colui, il quale unitosi volontariamente a qualche società privata, rifiutasse di pagar la sua quota delle spese sociali, dopo aver partecipato de' vantaggi ».

La teoria della commerciale produzione cominciò a gustarsi sotto quel governo, e può dirsi che la legislazione e giurisprudenza commerciale venne allora creata nel regno. Dal bilancio del commercio esterno che fu sempre la regola per conoscere lo stato economico di una nazione, si rileva che il nostro commercio fu tutto passivo coll'Inghilterra colla Germania e coll'Olanda, ed attivissimo colla Francia.

52. Nè soltanto su oggetti di pubblica amministrazione volse il suo sguardo la

Borbonica Dinastia. I nostri tribunali erano nello stato di squallore per lo spirito di cabala, di raggiro, d'intrigo ispirato dalla diffidente politica del governo viceregnale, e la prammatica di Carlo III del 14 marzo 1838 ebbe per oggetto di migliorare l'amministrazione della giustizia. Intento il Re ad indagare tutt'i mezzi che condur poteano al fine ed utilità del regno procurò « di sradicare gli abu» si (son parole della prammatica) e le dilazioni che la versuzia de' litiganti à sa» puto introdurre ne' tribunali per eternar le cause, deludere la giustizia, impe» dir il suo corso, danneggiar il pubblico ». Lodevolissima fu la disposizione della prammatica in parola, che impose al Sacro Consiglio di riunirsi quattro volte l'anno per definire gli articoli di dritto controverso, e proporre al Sovrano i dubbî di legge. Ciò dimostra che la magistratura tenuta meritamente in gran concetto, era nel grado di far sentire al Sovrano i bisogni della giustizia e proporre le riforme della legislazione. La nuova organizzazione giudiziaria attribuisce questa facoltà del nostro supremo antico tribunale alla corte Suprema di Giustizia.

Non è nostro divisamento di trattare la organizzazione giudiziaria, e mostrare il male gravissimo che produceva la confusione delle giurisdizioni, e come una folla di tribunali di eccezione era sparsa in tutto il regno, e rendeva eterne le liti e dubbie le competenze. Accenniamo soltanto che il *Collateral Consiglio* istituito da Ferdinando *il cattolico* quando il regno perdette la presenza de' suoi Re, ad oggetto di consigliare i vicerè negli affari dello Stato, divenne inutile dopo che Carlo III acquistò la Monarchia di queste regioni. Egli adunque per fissare nell'organizzazione un principio di unità, sostituì al collateral consiglio *la Camera di S. Chiara*, composta de' quattro *capiruota*, o sia *vice-presidenti* del *Sacro Consiglio*, preseduti dal primo presidente dello stesso tribunale. Tutte le reclamazioni ed i rimedî straordinarî da' tribunali inappellabili erano discussi in questo tribunale. Esso ritenne altresì tutta la parte consultiva del *collaterale*, e bene spesso questa nuova suprema magistratura consigliava il Re sulle nuove leggi, e sugli affari di governo.

53. In quanto alla legislazione, le leggi preesistenti costituivano una gran mole, ed il governo sentiva quanto fosse necessaria alla prosperità del commercio, dell'industria e delle finanze una buona legislazione civile. Si tentò la riforma nel 1741, ed il codice *Carolino,* così detto dal nome del Sovrano Carlo III non vidde però la luce (N. 57.).

Ci piace però rammentare che in quest' epoca due salutari disposizioni furono date per garantire la sicurezza della proprietà: la erezione dell'*Archivio generale,* la riforma del *Notariato*.

Da più secoli si sentiva la necessità di render pubbliche le ipoteche per la sicurezza de' capitalisti e de' terzi acquirenti. Fin dal 1477 Ferdinando I d'Aragona colle prammatiche 1 e 7 *de notariis* prescrisse la erezione di un pubblico generale archivio per la registrazione degli atti portanti ipoteca, e di quelli traslativi di dominio, ma le vicende del regno ne impedirono la esecuzione. Carlo V nel 1533, e Filippo III nel 1609 colle prammatiche 3 e 4 *de contractibus* rinnovarono le disposizioni, ma per delle basse vedute rimasero inseguite. Ma sotto il governo di Ferdinando IV, e propriamente con prammatica de' 30 luglio 1786, fu eretto in Napoli un pubblico archivio per la compendiosa registrazione di tutti i contratti che si stipulassero in Napoli suoi borghi, distretti o casali, nel regno o fuori regno, i quali fossero traslativi di dominio o che producessero azioni reali

ne' beni siti in detto tenimento. Cotesto stabilimento di generale archivio con dispaccio de' 18 ottobre 1796 fu esteso a varî paesi che ora formano parte delle province di Napoli e di Terra di Lavoro, ed indi a tutt' i dominî continentali con dispaccio del 26 febbrajo 1805, che per altro non ebbe esecuzione per l'occupazione avvenuta nel 1806. — In Sicilia, nelle cancellerie di ciascun comune dette *uffici di maestri notari de' giurati*, eran tenuti alcuni libri destinati a notarvi le donazioni: l'uffizio era denominato *Insinua*, ma 1604 furono sottoposti sotto pena di nullità alla formalità della registrazione le donazioni *inter vivos et causa mortis*.

Se queste patrie tradizioni fossero state tenute presenti dagli stranieri, non si sarebbe detto che prima del codice civile francese il regno di Napoli non conosceva che il segreto dell'ipoteca. Per lo contrario, prima che i dotti della Francia nel secolo XVII avessero elevato la loro voce per la pubblicità del sistema ipotecario, in Napoli i dotti aveano proposto ed il governo approvato, che la prosperità commerciale e le altre ordinarie transazioni della vita rendevano indispensabile la pubblicità delle ipoteche non solo, ma anche quella degli atti traslativi di dominio.

54. I Notai depositari degli atti delle famiglie, e che per le loro funzioni meritano la pubblica fiducia debbono essere rivestiti di qualità e sottoposti a disciplina da corrispondere al fine della loro istituzione. Le prammatiche de' 3 dicembre 1741, e 21 agosto 1743 richiamarono per l' esattezza del Notariato in vigore le osservanze delle antiche leggi, che per la corruzione di questi funzionarî non si eseguivano. La vera ed effettiva riforma del Notoriato ebbe luogo con prammatica de' 20 marzo 1804, sul parere della Real camera di S. Chiara.

55. La giustizia penale ebbe anche grandi miglioramenti. La prammatica del 1738 migliorò i giudizî penali che per lo innanzi eran degradati a segno tale, che i buoni ingegni sdegnavano di esercitare la professione criminale, stantechè il processo penale diretto dallo più basso scrivanismo, la professione criminale veniva riputata un'arte bassa d'intrigo, anzi che intesa a difendere i più sacri dritti della umanità.

Le basi del dritto penale consistevano nelle disposizioni del dritto romano e nelle diverse disposizioni delle leggi patrie dettate dalle diverse circostanze de' tempi, e che aveano trascurato il vero oggetto delle pene. Il sistema delle pene straordinarie metteva tutta nelle mani della magistratura la misura delle pene, e niun freno, fuor che la coscienza del giudice, in darla più mite o più grave. Due forze costanti onde riparare a ciò impiegarono Carlo III e Ferdinando. La prima fu nella istituzione della *real camera di S. Chiara*, la quale richiamò ad un centro di unità le giurisdizioni. La seconda fu nelle prammatica del 1738 (n. 52) che migliorò i giudizî, donde ne derivò quella del 1774 (n. 46) che imponendo la motivazione e la stampa delle decisioni tendeva a frenare l'arbitrio ne giudizî. E con l'ordinanza militare del 1789 si diede a'militari giudizî un ordine più semplice, e fu di *dritto* abolita la tortura. Da queste istituzioni si vidde la *camera reale* regolare con umanità la giurisprudenza penale, giurisprudenza che abolì col fatto la tortura, rendeva rara la pena di morte; così che la luce della coltura penetrata nel foro, e l'erudizione e'l buon senso legale congiunto alla solidità del ragionamento ed alle grazie dell'eloquenza, eran negli ultimi tempi il degno patrimonio di molti avvocati e magistrati.

Dalle cose fin quì discorse si rileva, quanto migliorarono le nostre istituzioni sotto il governo della Borbonica dinastia. Il progresso delle riforme legislative che si accomunava con i desiderî e con le opere di tutta l'Europa comminava per le vie pacifiche e legali.

56. Ma bisogna convenire che il miglioramento delle nostre istituzioni non produsse in generale un effetto immediato sullo stato morale della nazione, e su' progressi della giurisprudenza. I delitti crebbero, e col crescere de'delitti la miseria de' comuni e de' privati. L'avidità de' funzionarî era scudo d'impunità col sacrifizio dell'innocenza: i curiali crescevano in pigrizia, ignoranza ed in ricchezze. « Le nostre cose, scriveva negli ultimi anni del passato secolo il signor Galanti, » si sono complicate a segno, che il foro è una cosa tutta diversa del sistema legislativo, ed il giudice e l' avvocato sono esseri singolarmente distinti dal giureconsulto. Un tempo si eleggevano i giudici da' cattedratici: frequentissimi eran » gli esempî che alcuni esercitavano ambo le professioni. Oggi tutto è cambiato. Il cattedratico è un giurista grammatico, l'avvocato è un giurista forense. Il » primo studia *jus legibus constitutum*, vale a dire il dritto civile, il canonico, » il feudale, il municipale. Il secondo studia il *jus moribus receptum*, cioè decisioni, consulenti, pratici, stile di giudicare ec. Egli deride i giurisperiti e li tratta ancora da visionarî. Si maravigliano alcuni come i cattedratici divenuti avvocati perdono le cause con volerle trattare *per tramites juris* ».

La pratica adunque di questi tempi divenne materiale e priva di principî e di teoriche, e quindi mancarono que' scrittori pratichi ch'essendo in relazione con le scuole aveano tanto illustrato le età precedenti. Ma noi abbiamo osservato che in questa terra ferace d' ingegni, a dispetto della turba de' curiali corrotti, i giureconsulti filosofi e politici erano protetti da'Re e da'ministri, e la ristaurazione universale dell' amministrazione e della giustizia non sarebbe fallita, se le cose si fossero lasciate ire per lo naturale sentiero.

CAPITOLO IV.

LEGISLAZIONE E GIURISPRUDENZA DEL SECOLO XIX.

§ I.

Codificazione tentata infruttuosamente nel secolo precedente.

57. Il movimento filosofico del secolo XVIII, e la filantropia de' pubblicisti secondata dalle rette intenzioni de'governi fecero risuonare in Europa le voci di riforme politiche e giudiziarie; tal che a cominciar dal Nord fino all'estremo occidente tutt' i dotti aveano novità politiche a proporre, e tutt' i governi novità legislative a promulgare: onde mai per avventura non fu visto un maggior numero di codici nel medesimo tempo creati e pubblicati.

Caterina II di Russia nel 1777 ordinò la compilazione di un nuovo codice, e l'opera fu menata a termine.

Nel 1768 la Polonia promulgò il suo codice.

Dal 1780 al 1790 l'imperatore Giuseppe II riformò la polizia ecclesiastica, non che il codice penale ne'suoi stati di Germania e nella Lombardia Austriaca.

Nel 1781 Federico II Re di Prussia pubblicò il nuovo codice di *Leggi civili*, superiore per l' ordine e per le dottrine a tutti gli altri, e che à servito di guida a' compilatori del codice francese.

Nel 1778 Carlo III Re di Spagna, e che dal 1738 al 1759 era stato il ristauratore della Monarchia delle Sicilie, ordinò la formazione di un nuovo codice.

La Regina di Portogallo seguì poco appresso l'esempio di Carlo III.

Leopoldo Gran Duca di Toscana promulgò nel 1786 una legge distinta in 119 articoli, concernente i delitti, le pene, la procedura penale. Con altre disposizioni legislative migliorò la polizia ecclesiastica, abolì i fedecommessi, i maggiorati.

Ed in Napoli prima di ogni altro paese erasi tentata la riforma della legislazione. Di già fin dal 1598 il consigliere Carlo Tappia, che fu poscia reggente del Supremo Consiglio d'Italia, avea composto di privata autorità un nuovo codice diviso in sette libri, e prese il nome di *Codice Filippino*, perchè dedicato al Re Filippo III; ma non ottenne alcuna approvazione.

Un'altro tentativo si fece sotto il regno di Carlo III, nel fine di sostituire alle antiche compilazioni una legislazione che più si affacesse a'costumi ed a'bisogni della propria nazione, e di cui le parti fossero tra loro in armonia. Il governo nel 1741 nominò una commissione che si disse *Giunta del codice:* questa giunta era composta de'seguenti magistrati: Giuseppe Romano, Angelo Cavalcante, Giovanni Antonio Castagnola, Francesco Vargas, Domenico Salomone, Stefano Patrizio, Francesco Napolla, Domenico Caravita e Saverio Donato. Fu creato capo di questa *Giunta* Domenico Cataneo principe di S. Nicandro, e dopo di lui Giuseppe Pappacoda principe di Centola; e per Segretario Giuseppe Pasquale Cirillo, il più dotto fra essi. L'opera fu compita, e divisa, sull'esempio di Giustiniano, in dodici libri; ma per ragioni a noi ignote non ottenne la regia sanzione; se non che nell'anno 1789 fu impressa e pubblicata come opera privata del Cirillo dalla Tipografia di Vincenzo Orsini col titolo. — *Jos. Paschalis Cyrilli Antecessoris Codicis legum Neapolitanarum lib. XII.*

Il Galanti ragionando del merito di questo lavoro, si esprime nel suo *testamento forense* così: « Si cominciò dal quistionare in quale lingua si dovea dettare questo nuovo codice. Taluni che non aveano la testa ripiena delle dottrine riputate, volevano il dialetto italiano; ma al di Gennaro ch'era latinista, ed al Segretario ch'era dottissimo pareva orribilmente strano, che le leggi di Napoli nel XVIII secolo non parlassero la lingua di Ulpiano. Si contrastò, e per contentare i due partiti, si prese il consiglio di scrivere il nuovo codice bilingue, latino ed italiano. Il codice fu disposto sul piano di quello edito a nome di Giustiniano. Il primo titolo fu *de fide catholica*. La prima legge penale fu per eresia, e chiamasi delitto di lesa maestà divina in capo. Non si fece nel resto che compilare quanto trovasi fatto da' nostri Principi nel corso di molti secoli, e darci un poco di metodo. Felicemente l'opera non andò innanzi, ed avrebbe in luogo di guarire moltiplicati i malanni. Niuno di coloro era diretto dallo spirito di ragione universale, non dall'amore dell' ordine, niuno illuminato da' principî politici della società e del nostro governo ».

Il secolo XVIII adunque preparò la riforma della legislazione: i legislatori tentarono di mandarla ad esecuzione, ma furono nella impotenza di conseguire questa gloria. Le cause di questa impotenza sono varie e risapute. La sovranità non era veramente unica e semplice, ma l'aristocrazia feudale la manteneva smembrata e lacerata, così che impediva che si costituisse in mezzo alla nazione quella rappresentanza unica e potentissima che trasfonde tutti gl'interessi individuali e ripugnanti nell'interesse unico della sociabilità nazionale. Le distinzioni antisociali ed i privilegi personali e territoriali, lo stato diviso in tante porzioni per quanti feudi conteneva, ciascuna città e paese separati dagli altri d'interessi, formavan altri ostacoli alla unità e semplicità della legislazione.

§ II.

Compilazione del Codice francese ricevuto nel regno durante l'occupazione militare.

58. Il dramma politico che ci presenta la fine del secolo decimottavo ed il principio del decimo nono à mutato l'aspetto del mondo. La rivoluzione di Francia che non à nulla che si possa paragonare nè nelle antiche nè nelle moderne istorie, abbattè la feudalità, e con essa tutte le distinzioni antisociali. La centralizzazione del governo fu l'effetto di siffatto mutamento, ed il potere sovrano divenne forte, come la ragione lo definisce.

Per questo mutamento la Francia fu nella posizione di eseguire nel secolo decimonono, prima di ogni altra nazione, la riforma della legislazione. Dopo organizzate le grandi amministrazioni dello Stato, si pensò ad elevare il grand'edificio di una legislazione uniforme, ed in poco tempo comparvero i *cinque codici*. È notevole che in questa codificazione non si contengono alla rinfusa leggi politiche, amministrative, civili; ma formando le prime materie di leggi speciali, la legislazione si limitò al vero suo oggetto, qual è quello di diffinire i dritti de'privati, le regole di procedimento ne'giudizî, le sanzioni penali ed il procedimento penale, e le leggi speciali pel commercio. Così si adempiè al voto di Montesquieu, che proclamato avea il canone fondamentale di non doversi regolare co' principî del dritto politico le cose che dipendono da' principî del dritto civile, e che i regolamenti di amministrazione sono d'ordine diverso da quello delle leggi civili.

Egli è importante di percorrere rapidamente la storia della confezione del codice francese, e massime quella del codice civile.

59. Cominciamo dal codice civile.

Fin dal 1791, l'assemblea costituente avea decretato la compilazione di un codice di leggi civili comune a tutta la Francia, e Cambacérès presentò tre progetti: il primo a' 9 agosto 1792; il secondo a' 23 fruttidoro anno II; il terzo a' 24 pratile anno IV (1).

Circostanze politiche impedirono che questi progetti andassero innanzi; ma caduto il potere rivoluzionario si decretarono varie leggi come il segnale del ritorno a'principî della giustizia e della sicurezza sociale, e 'l governo a'24 termidoro anno VIII (12 agosto 1800) nominò una commissione di quattro giureconsulti, Tronchet, Bigot-Préameneu, Portalis e Maleville, affinchè nel breve termine di un

---

(1) Per l'intelligenza delle leggi francesi pubblicate dal 1792 fino al 1801, e delle decisioni in questo intervallo profferite, è utile conoscere che l'*era nuova* datò dal 22 settembre 1792, epoca della fondazione della repubblica. Vi furono dodici mesi eguali di 30 giorni che cominciarono dal 22 settembre coll'ordine seguente. *Vendemiale, Brumale, Frimale* per l'autunno: *Nevoso, Piovoso, Ventoso* per l'inverno: *Germile, Fiorile, Pratile* per la primavera: *Messidoro, Termidoro, Fruttidoro* per la state.

Ogni mese fu composto di tre *decadi*, ogni decade di dieci giorni, ed ogni giorno prese il suo nome dal suo posto nella decade, che si chiamavano *primidi, duodi, tridi, quartidi, quintidi, sestidi, settidi, ottidi, nonidi* e *decade*. E poichè l'anno fosse intero furono creati alla fine dell'anno cinque giorni complementarj che furono chiamati i *Sanculottidi*.

anno, tenendo presenti i progetti di Cambacérès, presentassero le basi della legislazione civile. La commissione con mirabile alacrità terminò il progetto del codice civile in quattro mesi.

Il potere legislativo era allora esercitato in Francia:

1.° Dal governo, che avea l'iniziativa della legge, e che l'esercitava col concorso necessario del consiglio di Stato.

2.° Dal Tribunato, che discuteva la legge proposta, ed emetteva il voto di adozione o di rigetto.

3.° Dal corpo legislativo, che adottava o rigettava la proposizione, senza discuterla, dopo aver contraddittoriamente sentito gli oratori del governo e quelli del Tribunato.

Il progetto veniva dunque commesso a tre discussioni successive: alla discussione del consiglio di Stato; alla discussione del Tribunato; a quella del corpo legislativo.

Ma prima di passarsi il progetto del codice civile alla discussione del consiglio di Stato, il governo adoperò una misura forte e saggia: fece stampare il progetto, e fu trasmesso alla Corte di Cassazione ed alle Corti di appello per le loro osservazioni; nè eran esclusi tutt'i cittadini a presentare le loro. Le osservazioni de'tribunali e de'giureconsulti furono prese in considerazione, e così tutto il paese concorse alla grande opera del codice civile.

Il progetto della commissione e le osservazioni delle corti furono rinviate alla sezione di legislazione del consiglio di Stato. Un decreto chiamò ad intervenire nella sezione con voce consultiva i membri della commissione del progetto, meno Maleville; ma quantunque non chiamato, Maleville intervenne, e si legge nel processo verbale del consiglio di Stato, che questo giureconsulto bene spesso prendeva la parola, e le sue opinioni venivano adottate.

Il lavoro della sezione di legislazione del consiglio di Stato si passava alla sezione di legislazione del Tribunato, e si aprivano le conferenze tra i membri della sezione del Tribunato, ed i consiglieri di stato che il governo giudicava a proposito di chiamarvi. La sezione del Tribunato consegnava in un processo verbale le osservazioni e le emende che venivano trasmesse alla sezione del consiglio, la quale se non l'adottava, apriva una conferenza con la sezione del Tribunato. Un membro della sezione faceva al Tribunato il rapporto del suo lavoro.

La sezione di legislazione del consiglio di Stato, viste le osservazioni e le emende del Tribunato, le adottava o pur no. Dopo questo travaglio l'affare si presentava all'assemblea generale del consiglio di Stato, che redigeva definitivamente il progetto.

Questo progetto così discusso si presentava al corpo legislativo per la sua sanzione, ed in pubblica discussione si sentivano contraddittoriamente, l'oratore del governo ch'era un consigliere di Stato e che presentava i motivi della legge, e l'oratore del Tribunato che appoggiava la legge quando il tribunato era di accordo col consiglio di Stato, e viceversa dava un voto di rigetto nel caso di discordanza.

Ricapitolando adunque le discussioni del codice, i travagli preparatori ne sono: 1.° Le discussioni del consiglio di Stato consacrate in un processo verbale redatto dal celebre Locrè, segretario generale del consiglio di Stato; 2.° Le osservazioni della sezione del Tribunato; 3.° Il rapporto fatto da un membro della sezione del Tribunato all'assemblea generale del Tribunato medesimo; 4.° I mo-

tivi presentati dall' oratore del governo al corpo legislativo, ed il discorso pronunziato da un membro della sezione del tribunato innanzi allo stesso corpo legislativo, esponendo il voto del Tribunato. Sono questi i travagli preparatorî del codice civile, di cui esamineremo l'autorità e l'importanza. Con questo metodo le leggi non sono un arcano, ma la volontà del legislatore si manifesta da' motivi e dalle discussioni che àn preparato la legge.

Sulla stessa marcia camminò la discussione del codice di commercio che fu pubblicato nel 1807; quella del codice di procedura civile, che fu pubblicato nel 1808; quello del codice d' istruzione criminale del 1809, e quello del codice penale del 1810. Se non che, soppresso nel 1807 il Tribunato, le sue funzioni passarono ad una commissione del corpo legislativo.

Così la Francia ebbe in poco tempo il benefizio di una completa legislazione. Sicurezza personale, guarantigia della proprietà, libera disposizione de' beni e prosperità commerciale eran i principî fondamentali del nuovo sistema legislativo.

60. La rivoluzione di Francia scosse tutta l'Europa, e coll'Italia che fu ravvolta in questo turbine anche il regno di Napoli venne nel 1806 occupato dalla francese invasione. Immediatamente tutte le amministrazioni vennero rinnovate, cambiate ed alle nuove costumanze e leggi della Francia sottoposte. La feudalità con legge de' 2 agosto 1806 fu abolita, l'amministrazione civile, finanziera e militare furono su novelle basi organizzate, e straordinario fu il vigore col quale in breve tempo nacquero e vennero adulte sì grandi ed universali riforme. Prova evidentissima che le scienze sociali coltivate nel passato secolo avean fatto progresso.

Organizzate le grandi amministrazioni dello Stato, la nuova legislazione ed organizzazione giudiziaria francese fu adottata, e così all'improviso disparve quel disordine che nella vecchia legislazione regnava. Le nostre antiche giurisdizioni *eccezionali* finirono, e l'armonia nelle autorità consolidarono le nuove istituzioni.

E notevoli singolarmente furono gli effetti che partorì la nuova legislazione nel sistema penale. L'abolizione del processo fiscale, e l'instruzione delle pruove comuni all'accusatore ed al reo affidata nelle mani di magistrati togati produssero il salutare effetto, che il reo non trovava uno scudo d' impunità con allettare l'avidità di rapaci inquisitori, e l'innocenza calunniata smentiva la calunnia nel pubblico dibattimento. Sbandite furono le semi pruove ed i tristi effetti di esse: l'arbitrio de' magistrati e la transazione delle pene vennero aboliti, e così ebbe piena esecuzione quel precetto di Bacone, che ottima è quella legge la quale il minimo possibile all'arbitrio del giudice concede, ed ottimo è quel giudice che il minimo possibile a se riserba. Il governo diede de' forti provvedimenti per richiamare a splendore il foro e la magistratura criminale.

§. III.

Nuova legislazione dopo la caduta dell' occupazione militare. Stato attuale della giurisprudenza.

61. Il dominio francese ebbe corta durata. Nel 1815 i legittimi sovrani di Europa ricuperarono i loro troni, e Napoli rividde Ferdinando IV, il cui benefico governo si era sperimentato prima della occupazione militare.

In molti paesi dove erano stati introdotti i codici francesi l'odio contro le per-

sone fu sconsigliatamente esteso alle cose, e fu ripristinato l'antico caos, tanto poco confacente agli attuali bisogni.

Ma l'augusto Re Ferdinando nel felice ritorno ne' dominî continentali volle primamente riorganizzare le grandi amministrazioni dello Stato secondo i progressi delle umane cognizioni, e molte leggi fondamentali di dritto pubblico vennero pubblicate, le quali ebbero gradatamente perfezione. E qui dobbiam dire, che nella passata occupazione militare grande perturbazione avvenne negli affari ecclesiastici, per essersi soprattutto soppressi gli ordini religiosi possidenti; e nella dotta allocuzione di *Sua Santità* Pio VII del 4 settembre 1815 pronunciata nel concistoro si fan conoscere i disordini apportati nell'epoca di questa occupazione. Fu perciò sollecito il nostro pio Sovrano di conchiudere con la Santa Sede un Concordato che portante la data de' 16 febbrajo 1816 venne sanzionato a' 21 marzo 1818. In questo concordato si sono adottate le regole generali tendenti a segnare i confini della potestà ecclesiastica e secolare, stabilendo i rapporti e le basi di una disciplina costante. Non è oggetto di questo lavoro esporre in tutte le sue parti lo spirito del Concordato. Diremo soltanto che per effetto di esso la Chiesa è ripristinata ne l'antico suo splendore, e si sono abolite le leggi di *Ammortizzazione*. A' vescovi ed a' fedeli si è accordata la libera comunicazione col Sommo Pontefice, e si è riconosciuto che per le bolle e brevi Pontificî concernenti le cose di semplice coscienza non si richiede il regio *exequatur*, mentre la giurisdizione spirituale è stata sempre tutta della Chiesa fin da che fu fondata dal suo Divino Redentore.

62. Relativamente alla legislazione, il Re conosceva quanto ne fosse necessaria una patria, non essendo quella straniera promulgata nella occupazione militare confacente in tutte le sue parti alle abitudini, alle idee religiose, a' bisogni della nazione; e con decreto de' 2 agosto 1815 ordinando la compilazione di un completo corpo di patrio dritto, insinuò con queste memorande parole a' compilatori *di profittare delle antiche e nuove teorie, dei progressi delle cognizioni umane, e finanche degli errori del passato*, onde presentare un progetto *che sia adattato all'indole de' popoli, all'odierno stato di civilizzazione, e che racchiuda il grande oggetto della sicurezza delle persone e della proprietà, prima base del sistema sociale.*

La commissione fece il progetto di patria legislazione che venne discusso nella prima camera di grazia e giustizia e degli affari ecclesiastici dell'abolito Supremo consiglio di Cancelleria, e quindi a camere riunite coll'intervento ancora de' consiglieri straordinarî dell'istesso intero Supremo consiglio. Posteriormente per la diffinitiva redazione, diverse e lunghe conferenze si tennero tra i ministri e segretarî di Stato, ed il nuovo codice ebbe la Sovrana sanzione con legge de' 26 marzo 1819.

In tal modo è seguita la compilazione del *Codice per lo Regno delle due Sicilie*. Desso contiene un corpo completo di patrio dritto, nella sua redazione si è profittato delle vecchie e nuove teorie, e racchiude il grande oggetto, come voleva il Re, della *sicurezza delle persone e della proprietà, prima base del sistema sociale.*

Non abbiasi però a credere che il nuovo Codice sia una copia letterale del codice Francese. Importanti modificazioni contiene nel sistema generale e nelle particolari disposizioni. Noi perciò dobbiamo fare un rapido esame del nostro codice, per comprenderne le diversità sostanziali dal codice francese.

63. La prima parte del nostro codice contiene *le leggi civili*. Il codice civile francese era superiore agli altri quattro codici per la chiarezza, per l'unità, per la saviezza delle sue disposizioni, e noi abbiamo veduto con quanta profondità era stato discusso. D'altronde l'antico dritto francese conteneva preziosi tesori per i dotti travagli di Cujacio, di d'Aguesseu, di Pothier e di Domat, e di cui seppero profittare gli abili compilatori del codice francese. Di questo codice erasi presso di noi sperimentata la profondità per dieci anni, e perciò con sana politica è stato ritenuto con lo stesso ordine nelle *leggi civili*, modificandosi però quelle parti che si opponevano all'indole della nazione. Laonde le nostre *leggi civili*, considerate nelle vedute generali, àn rigettato il sistema del codice francese in quattro punti cardinali:

1.° Il matrimonio pel codice francese era un contratto puramente civile, ed il divorzio era autorizzato. Nel nostro regno che sempre à riconosciuto per dominante la religione cattolica Romana, il principio del codice francese era in aperta contraddizione con i sentimenti della nazione. Quindi nel nuovo codice si è ritenuto come principio fondamentale, che il matrimonio dev'essere essenzialmente celebrato in faccia alla Chiesa, e per conseguente non si riconosce il divorzio.

2.° Il codice francese non conteneva sulla *patria potestà* disposizioni tali da rendere autorevole la voce del padre. Le *leggi civile* ànno elevato l'autorità paterna, ed ammettendo anche la *diredazione* per giuste cause e giuridicamente provate, àn dato maggior consistenza alla virtù domestica che tanto influisce su' pubblici costumi.

3.° L'ordine delle *successioni legittime* stabilito dal codice francese si opponeva alle abitudini ed a'costumi del nostro paese, e per conseguente le nostre leggi civili àn dovuto apportare grandi modificazioni a quel sistema, altrimenti si sarebbe deviato dallo scopo politico e morale al quale debb'essere diretto l'ordine delle successioni.

4.° I dritti de'conjugi per ciò che riguarda le convenzioni matrimoniali, erano dal codice francese regolati con i principî del *regime della comunione*, che prima del codice regolava la maggior parte della Francia: la regola *dotale* era ammessa come eccezione. Per lo contrario noi ignoravamo prima del codice francese il sistema della comunione, e perciò nelle leggi civili si è elevato a regola il *regime dotale*, permettensi per altro di stipulare nel contratto nuziale il regime della comunione de' beni.

Sono queste le modificazioni generali dalle *leggi civili* portate al codice francese. Le altre modificazioni non sono che secondarie

64. Passando alla legislazione penale, possiamo francamente dire che vizioso il codice d'istruzione penale francese, viziosissimo era il codice penale. Questo codice fu compilato sotto l'impero del sistema di *utilità* di Bentham, i cui trattati di *legislazione civile e penale* pubblicati nel 1802 da Dumont destarono profonda sensazione nelle menti de' compilatori del codice penale, e si vede più volte citato ne'rapporti ufiziali del consiglio di Stato. La teoria di Bentham è spiegata in queste poche linee da Target. « Egli è certo che la pena non è una vendetta: questa » trista soddisfazione delle anime basse e crudeli non entra affatto nella ragione » delle leggi: la *sola necessità* legittima la pena. Lo scopo finale della legge non » è il pentimento del colpevole, ma la prevenzione de'reati, oggetto di altissima » importanza. Dopo il più detestabile misfatto, se la società potesse con sicurezza » reputarsi immune da ogni altro reato, la punizione dell'ultimo colpevole sarebbe

» una infruttuosa barbarie, e forse eccederebbe il potere della legge. Epperò la » gravezza del reato si misura non tanto sulla sua perversità, quanto ne' pericoli » che seco trae ».

I compilatori quindi del codice penale francese appartenevano alla scuola degli *utilisti*: essi misuravano le pene sul pericolo, non già sulla moralità degli atti che classificano i reati. Da ciò derivavano tante contraddizioni e violazione de' dritti dell'umanità dagli stessi giureconsulti e pubblicisti francesi riconosciute. La Francia reclamava, e non prima del 1832, si tentò la riforma del codice penale, mentre in Napoli fin dal 1819 il Re Ferdinando avea donato a' popoli delle due Sicilie un codice penale pieno di filantropia e di umanità. Questo codice non imprime la caratteristica di reato ad atti non essenzialmente criminosi, classifica i reati secondo quella legge morale insegnataci dalla coscienza, e che fra le umane azioni distingue le lecite dalle vietate. Nel nostro codice quindi è cancellata la distinzione di pene infamanti e non infamanti; abolita la pena della gogna che oltraggiava in vano il pubblico pudore; distinto il reato tentato dal consumato, e molte altre disposizioni dettate dallo spirito della più alta civilizzazione. Bene a ragione adunque confessava l'illustre Procurator Generale Dupin, che « de' nostri » codici quello che nelle due Sicilie è stato soggetto a maggiori cangiamenti è il » codice penale, e tutte le modificazioni fattevi si veggono dettate da uno spirito » costante di filantropia e di umanità. — Non vi à miglioramento che ora (1832) » si discuta quì nella camera de' Pari, il quale non esista in Napoli fin dal 1819, » e sopra basi ben più estese e più solide ».

Il paese dunque che fu la culla di Vico, di Filangieri di Pagano fu il primo in Europa a presentare le solide basi di un sistema penale.

65. Immensi sono altresì i vantaggi a noi venuti dalla nuova procedura penale. Abolito si è lo scrivanismo, che intorbidava la verità nelle prime sue fonti, e surrogatogli de' magistrati chiamati *giudici istruttori;* interdette le pene straordinarie ch' erano altrettante transazioni sul vero; introdotto il pubblico dibattimento, dove si discute il valore delle pruove, e larga difesa si concede agl' imputati. Malgrado questi immensi vantaggi, il legislatore dovrà portare attenzione se la somma de' poteri d'istruire, di arrestare, di formare il giudizio di accusa, e di riunire la decisione del giudizio di fatto e di dritto, poteri tutti che si cumulano nella stessa Corte, garentiscono la sicurezza personale ch' è tanto a cuore dello stesso legislatore. Fino a che Egli non avrà dettato le sue disposizioni sul miglioramento di questa parte del sistema giudiziario penale, attualmente l'unica garantia ne' giudizi sta nella motivazione della risoluzione della quistione di dritto non solo, ma anche in quella della *convinzione*. E l' oratore massimo e distinto giureconsulto signor Barone Giuseppe Poerio, à in poche e gravi parole definito il vero senso della motivazione della convinzione, nel discorso pronunziato innanzi la G. Corte criminale di Napoli nelle udienze de' 9 e 10 luglio 1835, in difesa di Nobile.

L' Oratore si espresse così:

« La legislazione nostra avrebbe contraffatto al proprio instituto, se (come al» cuni senza fondamento pretendono) avesse sciolto i giudici dall'obligo di ragio» nare la loro convinzione, e di lasciarne un registro pubblico e permanente.

» La convinzione de' giudici in materia penale non è un segreto della loro co» scienza, ma è la manifestazione religiosa delle pruove giudiziariamente accolte » nel loro animo.

« Ne' paesi poi dov' è stabilito il Giurì, se la legge non chiede ai Giurati nes-
» sun conto degli elementi della loro convinzione, non è già perchè la lasci senza
» regola e senza freno; ma perchè la suppone e presume conforme al senso mo-
» rale della umanità, la rafforza per vie di guarentigie particolari, e la sublima al
» grado di certezza come la presunzione del giudicato, quella della paternità, e
» tante altre finzioni legali, base e fermezza delle società civili.

E le guarentigie anzidette più o meno larghe, sono accomodate a' varî ordina-
» menti politici de' diversi Stati, ed ànno tutte uno scopo, *la creazione della cer-
» tezza presunta* ne' giudizî penali. Cosicchè dove quelle speciali guarentigie
» non sono, è di stretta necessità, che gli elementi della convinzione sieno cono-
» sciuti e legalmente giustificati.

» Non è del mio subbietto il porre in confronto i due sistemi. Soltanto noterò,
» che in Inghilterra, in Francia, negli Stati Uniti d'America, ed in altri paesi
» ne' quali il *Giurì* à preso radice, la legge lo à circondato di precauzioni salu-
» tari: giudizio di accusa affatto separato da quello del merito; Giurati per vicen-
» da sempre variabili; modo di sceglierli più o meno ampio, ma ordinato e legale;
» severa limitazione alla sola quistione di fatto; diritto di libera ricusa; decisione
» alla unanimità o almeno con due terze parti delle voci; formola complessiva
» nel dichiarare la colpabilità; ed in qualche paese facoltà di valutare le *circo-
» stanze attenuanti*.

» E finanche queste precauzioni a molti pubblicisti non sono sembrate suffi-
» cienti. Fra noi non essendo *Giurì*, ed i giudici penali essendo de' magistrati
» che prima dichiarano l'imputato accusabile, che lo convingono, che lo puni-
» scono, le nostre leggi, che per certo vanno con le migliori che si abbia l'Eu-
» ropa, vogliono giustamente *che la convinzione sia palese e motivata* ».

66. Eccoci dunque allo stato di un codice completo e di un nuovo sistema giurisdizionale in perfetta armonia col sistema generale delle amministrazioni dello Stato. Ci siamo sbarazzati da quel cumulo di leggi fatte in diversi secoli, per diversi popoli differenti di costumi e di forme di governo, senza un disegno generale e spesso con opposti principî.

67. Ma la bontà di un codice non frutta vantaggi senza un sistema di organizzazione giudiziaria. L'antico ordine giudiziario formato in mezzo alle guerre civili, all'anarchia feudale, alle controversie giurisdizionali tra il potere ecclesiastico e secolare portava l'impronta di tutte queste vicissitudini della sua origine. La organizzazione giudiziaria adottata presso di noi durante la invasione francese e contenuta in diverse leggi e decreti lasciava molto a desiderare, e si deve il nuovo sistema di organizzazione giudiziaria alla legge del Re Ferdinando de' 29 maggio 1817 pe' dominî continentali, e per l'isola di Sicilia alla legge del 7 giugno 1819.

Queste leggi organiche giudiziarie stabiliscono come regola fondamentale del nostro dritto pubblico, che il potere giudiziario non è che un ramo del potere Sovrano, che attribuisce a' suoi atti la indipendenza, senza la quale la giustizia delegata non sarebbe più l'organo della legge. Quindi ogni giustizia emana dal Re, ogni giurisdizione è direttamente comunicata dal Re, la giustizia si amministra a nome del Re, il Re solo à il potere di nominare i giudici, i quali non possono esercitare atti di giurisdizione prima di aver prestato il giuramento a norma della legge.

La legge à posto la ripartizione de' tribunali in armonia con la divisione uni-

forme del territorio del regno: à abolito tutte le giurisdizioni straordinarie moltiplicate ne' passati tempi sì nel civile che nel penale. I giudici di eccezione di ristrettissimo numero sono conservati per delle speciali competenze.

La legge à proclamato la garantia pe' giudici e pe' cittadini. I giudici non ànno che un potere delegato, e quante volte violassero le leggi di cui debbono fare un' esatta applicazione, i loro atti dovrebbero essere rivocati dal fonte di ogni potere, dal Re. Ma il Re à delegato il potere di richiamare i giudici alla osservanza delle leggi, di annullare gli atti fatti contro la legge, alla Corte Suprema di giustizia, la quale è la chiave dell'edifizio dell'ordine giudiziario. « *Il Tribunal di Cassazione servir deve a mantenere l'unità della legislazione, a prevenire la diversità di giurisprudenza: è desso il supremo custode della legge, il conservatore della proprietà, il centro del potere giudiziario, il legame de' tribunali di appello, l'ultimo asilo della innocenza.* Così si espresse in Francia il relatore della legge del 1 dicembre 1790, sull' organico del tribunale di Cassazione.

Gli atti perciò emanati dal potere giudiziario negli affari di giustizia, che ànno percorso gli stadî giurisdizionali ed esaminati dalla Corte Suprema, sono rispettabili e niun autorità può frapporre ostacolo alla esecuzione de' giudicati. I giudicati debbono rispettarsi quanto le leggi, non si ammette reclamazione alcuna contro gli atti della Corte Suprema, neanche al Sovrano, poichè è il Sovrano che à delegato alla Corte Suprema il potere di vegliare alla esatta esecuzione delle leggi: in somma tutto il potere giudiziario è delegato alla magistratura, e la indipendenza degli atti del potere giudiziario è comandata dal Sovrano.

Ne' tempi di rivoluzione non venivano in Francia rispettati i giudicati, e la convenzione nazionale annullò diversi arresti della Corte di Cassazione. Caduto il potere rivoluzionario, calmate le passioni e fattosi ritorno a' principî di giustizia si respingevano dal governo i reclami contro gli arresti della Corte di Cassazione, ed un avviso del Consiglio di Stato del 18 gennaio 1806 sviluppò con profondi argomenti il rispetto che si deve agli atti della Corte di Cassazione. È pregio dell' opera di riferire le parole del consiglio di Stato, poichè spandono molta luce sulla intangibilità degli atti della nostra Corte Suprema.

Le costituzioni non ànno stabilito che due gradi di giurisdizione. Esse ànno creato le corti di appello per giudicare in ultimo rimedio, ma gli atti emanati da queste corti non ànno il carattere di decisioni sovrane, se non quando essi sono rivestiti di tutte le formalità richieste per costituire un giudizio. Se le forme sono state violate non vi è giudizio a propriamente parlare, e la Corte di Cassazione distrugge un atto irregolare. Se al contrario tutte le forme sono state osservate, IL GIUDIZIO VIEN RIPUTATO LA VERITÀ MEDESIMA. Ragioni potenti di un interesse generale ànno imperiosamente esatta questa massima. Giudici superiori sono stabiliti per riparare gli errori di una prima decisione; se fosse ancora permesso di rimettere in quistione ciò che sarebbe stato giudicato dalle Corti qual fine avrebbero questi esami ulteriori, e qual più garantia avrebbe la società contro gli errori de' terzi e de' quarti giudici? Intanto la stabilità de' giudizi resi dalle corti riposa, bisogna convenirne, non già sulla certezza acquistata che una sentenza è giusta, ma sulla presunzione della sua giustizia, quando essa è rivestita delle forme che le danno il carattere di un giudizio. Ora è della natura di ogni presunzione di cedere alla verità contraria, quando questa è dimostrata. Se dunque un arresto si trova

in opposizione formale con una disposizione di testo di legge, la presunzione della giustizia di esso arresto sparisce, poichè la legge è, e dev'essere la giustizia de' tribunali. In tal modo la corte di cassazione à il dritto di annullare ancora in questo caso gli atti delle corti. Ecco le sole garantie che le costituzioni dell'impero abbiano date contro gli errori de' magistrati. Non potrebbe allontanarsi da questi principî conservatori senza cadere in un principio arbitrario, inconciliabile col dritto di proprietà e colla libertà civile. La corte di cassazione à rigettato la domanda di un ricorrente? Non rimane dunque a costui alcun mezzo di provvedersi ancora, poichè egli à di già esauriti tutti i ricorsi che gli offrivano le nostre leggi.

Le medesime garantie accorda alla inviolabilità de'giudicati la nostra legge organica giudiziaria, ed i nostri Augusti Sovrani ànno costantemente con la più alta sapienza politica e civile respinto i reclami portati appiedi del trono contro gli arresti della Corte Suprema.

Così essendosi reclamato al Re Ferdinando I contro un giudicato profferito dall'abolita Corte di cassazione durante l'occupazione militare, *S. M.* con rescritto de'16 novembre 1818 risolse con i più solidi principî di dritto pubblico: *che l'errore del giudice competente a pronunciare benchè versi sul dritto, può dar luogo a censura e riprovazione della massima, ma dà sempre diritto alla parte vittoriosa, e quando l'ordine giudiziario non somministra al vinto alcun rimedio legale, il torto ricevuto rimane irreparabile. IL VANTAGGIO PUBBLICO CHE RISULTA DALLA INVIOLABILITÀ DEL GIUDICATO deve prevalere al danno privato, il quale considerato ancora come calamità civile NON PUÒ ESSERE GIAMMAI RIPARATO COLLE VIOLAZIONI DI QUE' DRITTI, CHE IRREVOCABILMENTE SONOSTATI ACQUISTATI COLLE FORME DALLE LEGGI RICONOSCIUTE. Sua Maestà à inoltre riflettuto nell'istesso rinconțro, che uno scrutinio più profondo dell'affare, facendo da una parte rimanere per più lungo tempo sospesa la sorte de' litiganti, potrebbe dall'altra suscitare qualche dubbio, che si possa per qualsivoglia modo ATTENTARE ALLA SANTITÀ DE' GIUDICATI, ed espresse di voler allontanare dagli animi de'suoi amatissimi sudditi anche il più remoto timore, che quel saldo fondamento di ogni civil società possa soffrire la minima scossa.*

Allo stesso Sovrano si sottopose l'esame di una decisione del dì 4 gennaio 1822 profferita dalla camera criminale della Corte Suprema in affare che risguardava da vicino l'ordine pubblico; e con rescritto de' 18 febbrajo dello stesso anno si disse: *La Maestà del Re volendo costantemente che si rispetti il giudicato, mentre disapprova le massime della Corte Suprema, ordina che la menzionata decisione si esegua.*.

Il Re Francesco I confermò questi principî di dritto pubblico e di civilizzazione rispettati dal suo augusto genitore. La magistratura credè in un affare di non potere procedere senza la Sovrana autorizzazione, e S. M. con rescritto de'18 ottobre 1826 dichiarò non esservi nella specie *luogo a sovrana deliberazione, appartenendo la dedotta azione alle attribuzioni dell'autorità giudiziaria.*

E finalmente l'augusto nostro giovine Monarca Ferdinando II à con la sua Sovrana autorità consolidato con principî della più alta civilizzazione e filosofia la indipendenza del potere giudiziario nelle attribuzioni che gli vengono dalla legge conferiti. In una causa importantissima la Corte Suprema nel dì 6 aprile 1837 profferì un arresto di rigetto. Le parti reclamarono al Re, implorando la grazia

di una revisione, ed il nostro Re con rescritto di Febbraio 1838, decretò così: *Sua Maestà non prende ingerenza negli affari de' Tribunali e lascia libero il corso della giustizia secondo le leggi de' suoi Stati.*

Il potere giudiziario adunque posto in tanto splendore richiede magistrati che nell'esercizio delle loro funzioni riuniscano le qualità tutte per la buona amministrazione della giustizia. L'Europa da molti anni gode una pace che poggia sopra solide garantie, e ne' governi desiderosi della pubblica prosperità non poco vi prende parte la magistratura. La nuova nostra magistratura conserva con iscrupolosa cura le antiche tradizioni di onore e di purezza che àn formato pel corso di molti secoli la gloria della vetusta magistratura napoletana. E la legge pel mantenimento della purezza della magistratura nelle cui mani sono affidate irrevocabilmente la vita e le sostanze de' cittadini, à stabilito delle garantie sotto il rapporto della capacità de' giudici, della incompatibilità nell'esercizio delle funzioni di giudice con quelle di altre funzioni o professioni e con talune relazioni di famiglia, delle obbligazioni nell'esercizio delle loro funzioni. La corte Suprema à il dritto di censura e di disciplina su tutto l'ordine giudiziario.

Tutte queste garantie non sono sembrate sufficienti al legislatore per mantenere i giudici ne' cancelli delle loro attribuzioni. Accorda alle parti il dritto della *ricusa* e l'azione di *presa a parte*. La imparzialità, l'esattezza e la delicatezza estrema de' magistrati non danno luogo a doglienze; ma bastava che potessero presentarsi pochi esempi di doglienze contro i giudici, perchè la magistratura intera dovea desiderare che vi fosse una legge severa, sotto l'egida della quale le parti lese ottenessero l'analogo compenso de' danni, o facessero ancora secondo le circostanze, pronunziare pene più gravi.

68. In questo stato della legislazione e dell'organizzazione giudiziaria l'uffizio della giurisprudenza sta nell'intendere le leggi, nello svilupparle, nel por mano a' modi di esecuzione, nell'avvertire il Principe de' cangiamenti necessarî. In ciò consiste la vera interpetrazione ch'è opera della giurisprudenza, oggi che le leggi sono state ricomposte e diffinite le attribuzioni de' magistrati. In questo senso la giurisprudenza considerata è *il supplemento alle leggi*, e la Corte Suprema che corona l'edificio giudiziario, è deputata alla custodia de' confini della interpetrazione dottrinale.

Con molta savіezza adunque la legge organica giudiziaria stabilisce di doversi stampare le decisioni della Corte Suprema e di trasmettersi a tutt' i tribunali ed a tutte le corti ad oggetto di far propagare il più ch'è possibile la conoscenza delle decisioni della Corte Suprema di Giustizia, onde sia stabilita presso tutte le autorità giudiziarie la conformità della giurisprudenza.

Evvi ancora dippiù. La stampa degli arresti tende altresì a mantenere il Supremo Collegio rivestito di alto potere, ne' limiti delle sue attribuzioni. Filangieri nelle sue dotte riflessioni alla prammatica del 1774 (n. 46) del nostro Re Ferdinando, la quale pure imponeva la stampa delle decisioni, penetrò profondamente nello spirito di sì salutare disposizione. « Se l'opinione, egli dice, della propria » sicurezza è la base della libertà sociale, e se questa opinione è relativa alla somma ed alla intensità degli ostacoli che un cittadino deve superare per violare i » dritti di un altro cittadino, io non trovo mezzo più opportuno per fomentare questa salutare opinione, riguardo a' magistrati, quanto quello di costringerli a dar » ragione al pubblico della giustizia delle loro decisioni. Ho detto al *pubblico*, » poichè *non ad altro oggetto il Sovrano à determinato che le sentenze doves-*

» *sero essere date alle stampe, se non per maggiormente richiamare l'attenzione de' magistrati nell'esercizio di un ministero, dal quale dipende la sorte e la tranquillità de' cittadini.* Non è una persona sola che debb' essere persuasa dalle fallaci induzioni di un giudice corrotto ; ma è un pubblico intero, inesorabile ne' suoi giudizi, che debbe esaminare le sue decisioni. Niuna cosa à dato da temere anche agli animi più intrepidi, quanto la pubblica censura ».

Grazie adunque all' alta sapienza del Re Ferdinando, che nel 1817 ordinando la stampa delle decisioni della Corte Suprema volle rendere di pubblica ragione la giurisprudenza, e contemporaneamente accordare garantia a' suoi sudditi. Due dotti magistrati incaricati dal Re per la compilazione del *supplemento alla Collezione delle leggi* seppero corrispondere al nobile scopo della compilazione. Il signor Nicolini, meritamente salutato dal Dupin per l' *aquila del foro napoletano*, compilò la serie degli arresti in materia penale profferiti dal Supremo Collegio fino al 1820 ; e Felice Parrilli altro profondo giureconsulto compilò la *serie civile.*

69. Donde nasce intanto, che semplicizzata la legislazione, ristrette le giurisdizioni, moltiplicati i tribunali in tutta la superficie del regno, istituita la Corte Suprema a mantenere la uniformità della giurisprudenza ; i tribunali non ànno regole concordanti, e la giurisprudenza è oscillante?

Il dotto signor Nicolini ne trova una ragione nella educazione del foro.

« Non mai, egli dice, vedevamo cambiar di massime il sacro regio consiglio o la *camera reale*, se non a poco a poco e nella progressione naturale della buona giurisprudenza. È questa la ragione perchè il trattare ed informar le cause era assai meno faticoso allora, che oggi. Avvocati e magistrati s' intendevano meglio fra di loro, perchè educati egualmente. In questa nostra età di legislatori ed autori, ognuno esce dotto da sè, e l' educazione del foro va mancando ogni giorno ».

E noi aggiungiamo alle osservazioni dell'illustre autore, che nel nostro antico foro l' educazione forense era tale, che quantunque mancasse un codice di buone leggi, e quelle che si aveano eran confuse oscure in collisione ed oppresse da una farragine di autorità, pure nel secolo decimo settimo, dice il cardinal de Luca, non rimanevano quistioni dubbiose in punto di dritto; e molto prima del de Luca, il nostro presidente de Franchis assicura, che quando per ben due volte ed in piena contraddizione un punto di diritto era risoluto dal Sacro Consiglio, non era più lecito promuover quistione sullo stesso articolo. *Postquam sacrum Concilium bis in puncto judicavit, non est amplius dubitandum.*

Nè questo è tutto. Oggi negli studî di legislazione le scuole non partono da principî uniformi. Chi crede che la codificazione moderna abbia rovesciato tutt' i tesori della veneranda antichità, e molti si fanno un pregio di sconoscere i primi elementi del dritto romano, e finanche il nome di que' dottori che co' loro profondi studi ànno stabilito principî di legislazione universale, e regole di dritto tratte dalla più profonda filosofia. Chi per lo contrario acerrimo oppositore delle nuove istituzioni si mostra tenace alle nude antiche istituzioni, e disprezzando i progressi delle scienze stima i nuovi instituti come perniciose innovazioni.

Anche in Alemagna la *scuola storica* e la *filosofica* vanno in punti opposti. Ma tentata essendosi un'alleanza fra le due scuole, la scienza arriverà al più alto grado, poichè maritare la filosofia con l' istoria si apprenderà con successo l' origine della legislazione, le sue vicende a fronte delle età e delle rivoluzioni, le forme novelle

che à prese : è tale l' oggetto dell' elemento storico , che in questo senso inteso, la storia delle antiche leggi invece d'ingombrare di tenebre la giurisprudenza attuale ci fa risalire con successo alla sorgente di ogni legislazione. L' elemento filosofico mette la scienza del dritto nel demanio della filosofia , richiama a principî universali le disposizioni, non sacrifica il presente al passato, determina la estensione delle leggi. Così la giurisprudenza , come insegnò Vico , si riporterà a' suoi veri principî, avende per guida la filosofia, e per fondamento la storia. *Iurisprudentia omnis*, son sue parole, *ratione et auctoritate nixa est: atque ex iis condita, jura factis accomodare profitetur: ratio naturae necessitate rerum causas investigat*; *historia voluntatis est testis. Itaque jurisprudentia universa coalescit ex partibus tribus , philosophia , historia , et quadam arte juris ad facta accomodandi* (Proloqu. de Univer. Iur. Uno Prin. et Fine Uno).

70. Un'altra causa si è di non essersi conseguito lo scopo per cui la Corte Suprema fu istituita , ed anche in Francia si dolgono i dotti degli abusi di quella Corte di cassazione : ascoltiamo il sig. Duvergier. « Se lo scopo , egli dice, per » lo quale fu istituita la Corte di cassazione avesse ricevuto tutto il suo effetto, gli » arresti pronunziati da questo tribunale eminente sarebbero rispettati al pari della » legge medesima. I magistrati , quei ancora che oggidì non credono che la » Corte di cassazione possa essere nominata la *Corte Suprema*, sarebbero i primi » a dare l' esempio della sommessione ; ed i giureconsulti avrebbero ben di rado » osato di opporre la loro convinzione individuale alla dottrina del primo corpo » della gerarchia giudiziaria. Ma i diversi sistemi adottati per la interpetrazione » delle leggi, la mancanza di ogni regola su l'autorità degli arresti , di quelli fin » anche pronunziati a camere riunite, la mancanza di garantie per la composizio» ne della Corte; tutte queste cause riunite fanno sì che la istituzione non sia stata » produttiva di frutti che se ne attendevano.

» La Corte non è stata regolatrice; essa non à procurato al paese una giurispru» denza invariabile ed uniforme, benefizio quasi uguale alla uniformità della le» gislazione. I tribunali , finanche i più piccoli , àn creduto di poter ricalcitrare » contra le soluzioni venute da sì alto; la indipendenza , come suole chiamarsi , e » la individuazione ànno continuato ad esercitare la loro crescevole influenza, co» me quando ciascuna provincia avea il suo parlamento , e ciascuno parlamento » avea la sua giurisprudenza. A dirla in breve, se la Corte di cassazione fosse or» ganizzata come dovrebbe essere , io non saprei concepire una lotta contro alle » sue dottrine. Tal quale è, essa non può comandare il sacrifizio di una opinione. »

Gli atti però della nostra Corte suprema pubblicati nel *supplemento alla collezione delle leggi* sino al 1820 dimostrano con quanta profondità erano discussi in questo supremo collegio i principî di dritto , e le massime di giurisprudenza eran veramente di grande autorità per le corti e pe' giureconsulti. Interrotto questo lavoro, la giurisprudenza à sofferto una grande oscillazione ; se non che nella materia penale il sig. Nicolini che da dieci anni siede onorevolmente in Corte Suprema di giustizia, ove esercita per la superiorità del suo ingegno e delle sue profonde cognizioni un ascendente maggiore a quello che Merlin esercitava nella Corte di cassazione di Parigi, à saputo fissare una giurisprudenza in quasi tutte le materie del dritto penale , e le sue dotte conclusioni seguite quasi sempre dalla Corte sono state da lui con bel metodo pubblicate sotto il titolo di *quistioni di dritto penale*. Quest' opera che à meritato i più alti encomî dagli stranieri , è presso di noi di grandissima autorità , e viene a ragione nelle aringhe e

nelle scritture citata a preferenza degli onorevoli e fecondi lavori di Iousse, Lacombe, Muyart-de-Venglans, Bourguignon, Mars, Carnot, e Legraverand. Così la giurisprudenza potrà fare utili progressi, perciocchè se molte delle massime ritenute in Corte Suprema ed esposte dal Nicolini meriteranno la reazione de' giureconsulti, mentre per quanto è grave l'autorità del sig. Nicolini non si può rinunciare alla facoltà di pensare, è sempre vero che con tal metodo si rivocheranno le massime stabilite non per leggerezza, ma per i progressi della scienza.

Vogliamo sperare che nella materia civile si riprenderà il lavoro interrotto nel 1820, per la uniformità della giurisprudenza, ad istabilire la quale concorre tutta la magistratura, e massime le Corti di appello. In Francia si pubblicano eccellenti raccolte delle decisioni delle Corti reali, per opera di abili giureconsulti; e presso di noi il dotto proccurator generale della Gran Corte civile di Napoli, il signor Agresti rende di pubblica ragione le decisioni della Gran Corte civile presso la quale esercita il suo nobile ministero. Ed il pensiero di sì dotto magistrato non è stato quello di far nota una sterile raccolta di decisioni, imitando servilmente le estere raccolte. Egli à atteso a più vasto scopo, poichè à preso occasione dalle decisioni di stabilire principî generali di giurisprudenza, di eseguire una severa censura delle decisioni che si allontanassero da' buoni principî, censura legale dettata unicamente dal desiderio di mantenere la purità de' principî applicati da un collegio di cui egli ragionevolmente fa un alta stima. Il metodo dunque del Procurator Generale Agresti è superiore a quello finora tenuto da' decisionisti francesi, e questa verità è stata confessata dal celebre decisionista Sirey.

Se non che, il sistema di sconoscere quanto la veneranda antichità ci à tramandato in materia di legislazione e di giurisprudenza, non tener conto del cammino tenuto dalla scuola e dal foro, non rimontare al fonte delle discussioni che ànno preparato la compilazione del Codice, è un metodo che disgiunge l'elemento filosofico dallo storico, rende bene spesso arbitraria la interpetrazione, toglie il pregio di conoscere la progressione delle idee e di profittare delle osservazioni de' dotti. Non è già che fosse nostro desiderio che precedesse nelle discussioni quella farragine di autorità per essere indi trascinato dalla corrente del maggior numero delle opinioni; che anzi ci piace la indipendenza delle opinioni e la forza del raziocinio. Ma non pregiudicano certamente la facoltà di pensare la esposizione della storia, i pensamenti de' dotti nell'esame de' principî, i sistemi diversi e la progressione delle idee; per l'opposto questo metodo congiunge il passato al presente, dà occasione ad esaminare con critica i pensamenti de' dotti, e dal conflitto delle opinioni si apre la via al miglioramento della scienza.

Nè ci smuove l'obiezione, che l'immergersi tuttavia nel caos di una vecchia legislazione, ed il consultare lo stesso dritto romano può essere sorgente di errori, per non essere sempre i principî delle due legislazioni gli stessi. Imperciocchè egli è vero che in molte materie i principî sono cangiati, il che prova che certe leggi dipendono da' costumi e dagli usi esistenti al tempo in cui esse vengono stabilite, e che non sono se non transitorie; ma sarebbe una falsa conseguenza dedurre dalla superfluità di una legislazione, che le massime di equità e di ragione universale stabilite da una legislazione sotto la cui influenza si è conseguita la nuova debbano condannarsi all'oblio. L'idea romana è quella che domina (n. 24) ancor di presente la maggior parte delle legislazioni di Europa.

§ IV.

Conchiusione e metodo nella sposizione di questo trattato.

71. Da questo abbozzo della legislazione e giurisprudenza la gioventù ben rileverà la storia delle nostre istituzioni, ed i fasti gloriosi del foro napoletano, che in mezzo a moltiplici perturbazioni politiche à avuto sempre un posto ragguardevole fra quanti l'Europa civilizzata ne contasse. Ora che gli ostacoli che si opponevano al miglioramento delle nostre istituzioni sono stati tolti, e sentiamo il benifizio di una completa legislazione, la giurisprudenza però è fluttuante, e circa quarant'anni non sono stati sufficienti a fissare una norma ne'giudizî, stabilità di principî, ed abbiamo fatta una rapida sposizione delle principali cause di tali oscillazioni.

Le Università bene organizzate àn dato fecondi risultamenti, nè si può crescer lume allo splendido prospetto con che à ritratto il signor Savigny il quadro delle vicende delle famose scuole d'Italia e di Francia. Ed è perciò lodevole il lavoro dell'egregio Monsignor Mazzetti Consultore di Stato e Presidente della Pubblica Istruzione, che animato da vivo desiderio di migliorare gli studi propone savî miglioramenti per promuovere la pubblica educazione, animare le cattedre e formare quelle scuole che possono dare al foro ed a tutte le discipline uomini illuminati.

La educazione forense adunque ed il corpo de'magistrati ch'è nel dritto di esigere la pubblica venerazione debbono contribuire alla buona giurisprudenza. La magistratura destinata a serbare il sacro deposito delle leggi deve sentenziare con matura riflessione, con regole costanti da mostrare che i litiganti audaci invano sperano di trovare ne'gerghi legali ed in un vasto ammasso di principî falsi un velo da nascondere la loro temerarietà, non che corrispondere alla fiducia Sovrana che libera lascia al potere giudiziario l'amministrazione della giustizia.

72. In questo stato della legislazione e giurisprudenza, volendo noi intraprendere la esposizione della prima parte del nostro codice concernente le *Leggi Civili*, abbiamo procurato di riunire i veri elementi della interpetrazione dotrinale congiungendo l'elemento *storico* al *filosofico*.

Per tentare di riuscire in questo divisamento, abbiamo preso norma dal precetto dato dal gran Leibnitz per la esposizione delle leggi.

Quidquid ad jurisconsulti perfecti eruditionem pertinet, dividi potest ad instar theologiae in partem DIDACTICAM; *seu positivam, ea continentem quae in libris authenticis expresse extant, et certi juris sunt:* HISTORICAM, *originem, auctores, mutationes, abrogationesque legum enarrantem;* EXEGETICAM, *ipsos libros authenticos interpetrantem, et denique apicem coeterarum* POLEMICAM, *seu controversiariam, casus in legibus indecisos ex ratione et similitudine definientem.*

Laonde gli elementi del comentario saranno:

1.° La parte *didattica*, ossia sarà esposto il testo autentico delle *Leggi Civili*, senza interruzione, notandovi al margine di ciascun articolo i *paratitli*, ossia il ravvicinamento degli altri articoli delle medesime *Leggi Civili* e quelli delle altre parti del codice che vi ànno relazione. Se questa parte del lavoro ci è riuscita sarà utilissima, perchè sotto un colpo di occhio fa tener presente tutte le disposizioni sparse in diversi punti del codice, e che si riattaccono ad un principio. Le

dilucidazioni e modificazioni portate alle *Leggi Civili* da' decreti e sovrani rescritti formeranno il complemento della parte didattica.

2.° La parte *istorica* della giurisprudenza sarà esposta in quanto concerne a deciferare i principî della nuova legislazione, e servir di guida nella risoluzione delle controversie.

3.° La parte *esegetica* che si riferisce ad interpetrare il senso e lo spirito della legge contiene l'elemento *filosofico* della giurisprudenza. Perchè l'interpetrazione dottrinale non diventi arbitraria, siamo ricorsi al fonte delle discussioni (n. 59) che ànno preparato la compilazione del codice civile. Quindi abbiamo dalle discussioni del consiglio di Stato di Francia, dalle osservazioni del Tribunato, da' motivi e discorsi presentati innanzi al corpo legislativo ricavato lo spirito di ciascuna disposizione legislativa. Egli è innegabile che senza ricorrere a questi materiali si è nella impossibilità di penetrare nello spirito della nuova legislazione, e molti scrittori per non avere studiato a fondo questi travagli ànno elevato ed erroneamente risoluto delle quistioni.

Ma non bisogna ciecamente ritenere che i travagli preparatorî del codice civile sieno della medesima autorità della legge. Sono dottrine ed opinioni manifestate da' dotti compilatori e che sviluppano alcerto il pensiero del legislatore; ma delle volte un consigliere di Stato o un oratore àn manifestato delle idee che seguirle si contrarierebbe la legge. Noi avremo occasione di vedere più volte come dagli oratori si è dato alla legge una falsa intelligenza, e come nel consiglio di Stato si sono manifestate dottrine che sono in opposizione colle regole del dritto e col testo della legge.

In questa disamina ci è occorso di presentare delle osservazioni rispettose per la riforma di taluni articoli delle *Leggi Civili* che sembrano contrarî alla giustizia, ed in discordanza tra loro e co' principî della scienza.

4.° La quarta parte è la *polemica*, ossia la esposizione del *dritto controverso*. È questa la parte più difficile della giurisprudenza, e si espongono con succinte disamine le opinioni degli antichi e nuovi giuriconsulti, non che le decisioni de' Tribunali.

La materia è vasta ed opere voluminosissime rendono difficilissimo lo studio di una scienza per se stessa difficile. Noi abbiamo procurato di presentare sotto un semplice punto di veduta gli elementi di un breve comentario, penetrando nell'immenso arsenale della giurisprudenza. Abbiamo desiderato in somma che appiedi di ciascun articolo delle nostre *Leggi Civili* si riunissero con brevità e chiarezza gli elementi della interpetrazione dottrinale. La impresa è troppo ardua, e se le nostre forze non àn potuto corrispondere a sì vasto piano, si compatirà se non altro la buona volontà.



DISPOSIZIONI PRELIMINARI (1).

DELLA PUBBLICAZIONE (2), DEGLI EFFETTI (3) E DELL'APPLICAZIONE (4) DELLE LEGGI IN GENERALE.

ARTICOLO 1. Le leggi obbligano in tutto il territorio del regno delle Due Sicilie in forza della promulgazione (5) fattane dal Re, e dal momento in cui la promulgazione è legalmente a notizia di ciaschedun comune (6).

I dec. de' 26 maggio 1821 e 4 giugno 1822 prescrivono il modo della *formazione* della legge.

La forma della legge viene stabilita con decreto de' 4 gennaio 1825.

La promulgazione è legalmente a notizia (7)

1.° del comune in cui è stata fatta la promulgazione, il dì seguente (8);

2.° de' comuni della stessa provincia, altrettanti giorni dopo il dì seguente alla promulgazione, quante sono le venti miglia di distanza dal comune della promulgazione;

3.° de' capiluoghi delle provincie al di quà, e delle valli al di là del Faro, il dì seguente alla promulgazione, colla giunta di altrettanti giorni, per quante venti miglia son distanti dal comune della promulgazione;

4.° e finalmente degli altri comuni delle provincie e delle valli, col-

(1) Queste disposizioni sono estratte da un libro preliminare diviso in cinque titoli, che la Commissione incaricata del progetto del codice francese avea posto in fronte. Desse non sono speciali per la legislazione civile, sono bensì comuni a tutte le leggi in generale e si attengono al dritto pubblico. Le leggi nostre perciò con linguaggio più proprio han sostituito le espressioni *disposizioni preliminari* a quelle del codice francese *titolo preliminare*. E di già il Tribunato di Francia avea manifestato il voto che queste disposizioni propriamente parlando non facendo parte del codice civile, doveano collocarsi sotto una nomenclatura speciale da distinguerle e distaccarle dal codice civile medesimo. Locré 1, p. 225, 238, 249, 255, 279, 297.

(2) La pubblicazione delle leggi è una conseguenza del principio che le leggi non possono essere obbligatorie prima di esser conosciute. Bacone quindi si espresse acconciamente quando disse: *si incertam vocem det tuba, quis se parabit ad bellum? Similiter si incertam vocem det Lex, quis se parabit ad parendum?* (*de just. univ. aphor. 8.*)

(3) Articolo 2.

(4) Art. 3 a 8.

(5) La promulgazione completa il carattere della legge, ossia la rende obbligatoria: la pubblicazione è la conseguenza della promulgazione, ed à per oggetto di far conoscere la legge.

(6) Essendo impossibile di trovar un modo di pubblicazione da far conoscere la legge a cadaun individuo personalmente, il legislatore si è ridotto a contentarsi della certezza morale che tutt' i cittadini abbiano potuto conoscere la legge. Per pesare i gradi di questa certezza morale bisognava distinguere i luoghi ed i tempi, e perciò si è ammessa la gradazione indicata ne' quattro numeri di questo art. Locré 1, p. 220.

(7) Questa presunzione può cedere alla pruova in contrario, se per avvenimenti fortuiti ed impreveduti una data città o paese non avesse potuto aver conoscenza della pubblicazione della legge. Questo principio esposto bellamente da Voet ad pand. lib. 1, *de legibus*, n. 10, fu ritenuto nel Consiglio di Stato (Locré 1, p. 227, 232, 234), ed è consono alle teorie del dritto sviluppate da Toullier t. 1, n. 77, e t. 10, n. 62.

(8) *Di seguente*. Queste parole non lasciano alcun dubbio sul *dies termini*: il giorno della pubblicazione non va compreso nella dilazione. Locré 1, p. 233.

la giunta di altrettanti giorni per quante venti miglia son distanti da' capi-luoghi.

2. La legge non dispone, che per l'avvenire (1): essa non può avere effetto retroattivo (2).

Art. 197 leg. org. giudiz.

3. È proibito a'giudici di pronunziare (3) in via di disposizione generale o di regolamento nelle cause di loro competenza (4).

Vedi gli art. 569, n. 4, 570 e 572 pr. civ.

4. Se un giudice ricuserà di giudicare sotto pretesto (5) di silenzio, oscurità o difetto della legge, si potrà (6) agire contro di lui come colpevole di denegata giustizia (7).

5. Le leggi obbligano tutti coloro che dimorano nel territorio del regno (8), sieno cittadini, sieno stranieri domiciliati, o di passaggio (9).

---

(1) Il passato non è nel potere delle leggi: è della natura de'giudizi regolare il passato, perchè dessi non possono intervenire che sulle azioni aperte, e su fatti a'quali applicano le leggi esistenti. *Second exposé de motifs in Locré* 1, p. 303.

(2) Nel progetto del codice erasi in un secondo comma stabilito che le leggi interpetrative avessero il loro effetto dal dì della legge spiegata, senza pregiudizio delle transazioni e sentenze passate in cosa giudicata. Più membri del Consiglio di Stato considerando di essere questa regola ne' principii del dritto comune, ne domandarono la soppressione come inutile. Locré 1, p. 219 e 224. n. 16.

Il principio quindi della non retroattività delle leggi è soggetto a delle eccezioni:

1.° Le leggi dichiarative, senza pregiudizio de' giudicati e delle transazioni.

2.° Le leggi di competenza e di procedimento, allorchè trattasi de'giudizi ancora pendenti, s'impossessano della lite. Questa eccezione è fondata sulla leg. 7, Cod. de leg. — Brunnemanno ad l. 7, Cod. de leg., e parere del Consiglio di Stato di Francia dei 16 gennajo 1807, in Rondonneau supp. al cod. civ.

3.° In materia penale, se la pena sancita dalla legge posteriore è più mite di quella imperante all' epoca della consumazione del reato, debbe la più mite applicarsi: art. 60 delle leg. pen.

(3) *Pronunziare*. Nel progetto del codice si era adoperata la frase *d' interpetrare*. Si è sostituita l'altra per allontanare l'idea che a'giudici fosse vietata l'interpetrazione dottrinale, senza la quale non potrebbero esercitare il loro ministero. Locré 1, p. 228 e 229, n. 13 a 19.

(4) È questo il punto in cui i Tribunali potrebbero rivalizzare col potere legislativo. L'articolo quindi interdice a'giudici la via di usurpare le funzioni di legislatore. Discorso di Berlier, in Locrè 1, p. 293.

(5) *Sotto pretesto*. È un pretesto pe'giudici civili il rifiuto di giudicare per insufficienza della legge, poichè poche cause sono suscettibili di esser decise con un testo espresso di legge. Diceva Portalis nel Consiglio di Stato, che se il giudice non trova nella legge le regole per decidere, deve ricorrere all' equità naturale: il giudice è il ministro della legge quando la legge à parlato, è arbitro de' contendenti quando la legge si tace: i principii generali, la dottrina, le leggi scritte sono il fonte delle decisioni: il codice non dispensa dalle conoscenze del dritto, al contrario le suppone. Locré 1, p. 228 e 229, n. 16 e 20.

Conviene però che i giudici sieno sobrii nell'usare di questa facoltà, poichè altrimenti si passa il fine del legislatore, sostituendo le idee proprie a quelle della legge. Vedi Bacone aph. 35, *de just. univ.*

(6) *Si potrà*. Il progetto del codice diceva *si dovrà*. Cambacérès ad oggetto di evitare gl'inconvenienti che si erano nel Consiglio di Stato elevati su questa discussione, propose di sostituire delle espressioni facoltative a'termini imperativi del progetto, in modo che un giudice che non à pronunziato, non sia necessariamente perseguitato. Locré 1, p. 229, n. 21.

(7) Junge gli art. 60 ll. pen., e 200 leg. org. giud.

(8) *Territorio del regno*. Abitare il territorio è sottomettersi alla sovranità. Motifs in Locré 1, p. 235, n. 3, e p. 261, n. 25.

(9) Ciò che riguarda gli ambasciatori appartiene al dritto delle genti. L'uso universale delle nazioni attribuisce al Ministro pubblico una intera indipendenza dalla gurisdizione e dall'autorità dello stato dove risiede (*). Il legislatore perciò non poteva occuparsi de'Ministri pubblici in una legge che riguarda il regime interno (**).

(*) Grozio *de jure belli et pacis* lib. 2, cap. 8. Montesquieu esprit des lois lib. 26, cap. 21. Vattel droit des gens lib. 4, cap. 7, n. 92.

(**) Portalis discorso inedito riferito da Locrè 1, p. 261, n. 25.

Art. 6 e 7 p. p — Dec. de' 27 agosto 1829.

6. I nazionali (1) del regno delle Due Sicilie, ancorchè residenti in paese straniero, sono soggetti alle leggi che riguardano lo stato e la capacità delle persone (2).

Applicazione negli art. 816, 1084, 1123, 1341 a 43, 1540, 2116.

7. Le leggi che interessano l' ordine pubblico o il buon costume (3), non possono essere derogate da particolari convenzioni (4).

8. Le leggi che restringono il libero esercizio de' dritti del cittadino, e che formano eccezione alle regole generali o ad altre leggi, non si estendono al di là de' casi e de' tempi in esse espressi (5).

---

(1) Gli stranieri adunque non sono sottomessi alle leggi civili che regolano lo stato e la capacità delle persone; e questa regola riguarda anche le femmine nazionali maritate con gli stranieri, le nazionali vedove degli stranieri e molte altre persone. Qui si è accennata la regola: le eccezioni si trovano nelle altre parti del codice. Locré 1, p. 228, n. 10.

(2) Le leggi che riguardano la capacità delle persone si chiamano *personali*, perchè seguono ovunque la persona. Tali sono le leggi relative alla capacità di succedere, alle cause d' indegnità, al concepimento, alla nascita, alla legittimità, alla maggiore o minore età, alle nozze, alla paternità, alla filiazione ec. Da questo principio segue che non si può nel tempo istesso ed in luoghi diversi variar carattere di padre, marito, minore o maggiore: vale lo stesso per i giudicati, i quali producono l'effetto medesimo delle leggi personali. *Hubero posit. jur. in pandec., lib. 1, tit. 3, n. 24.*

Le leggi *reali* per l' opposto sono quelle che regolano i beni situati nel territorio, comunque posseduti da persone straniere. Tali sono le leggi su le successioni, su la distinzione de' beni, su la proprietà, su le servitù, su' privilegi, sulle ipoteche, sulla divisione delle linee e per capi; quelle relative alla rappresentazione, collazione, divisione, pagamento di debiti, garantia, usufrutto, alimenti. Dal che segue, che trattandosi di successione aperta in paese straniero, i beni situati nel regno sono regolati in quanto alla loro qualità, trasmissione e passaggio, dalle leggi del regno, ed i nostri Tribunali sono competenti a sentenziarvi. Vedi in siffatta materia Rodemburgio *de jure quod oritur e statutis diversorum locorum*. Voet, *in tractatu de statutis eorumque concursu*. Huber. praelect. pandec., lib. 1, tit. 3. Portalis in Locré 1, p. 303 a 305, n. 10 a 15.

(3) Se vi sono leggi e governi è perchè sia serbato l'ordine pubblico: collocare quindi le volontà particolari al di sopra della volontà generale, sarebbe disciorre lo stato.—I buoni costumi dall'altra parte possono supplire alle buone leggi, e sono anzi il vero perno dell' edifizio sociale. Se da particolari convenzioni potessero essere pervertiti, la pubblica onestà non sarebbe ben presto che un nome vano, ed a tutte le idee di onore, di virtù e di giustizia vedrebbonsi surrogate le vili combinazioni del personale interesse e le speculazioni del vizio. Per il che il principio consacrato in questo art. (tratto dalla l. 6, Cod. de pactis) è la salva guardia della morale e della legislazione. Portalis exposé de motifs, in Locré 1, p. 236, n. 7, e p. 306, n. 18 19 e 20.

(4) *Convenzioni.* Si obiettò nel Consiglio di Stato di Francia che l'articolo è limitativo alle *convenzioni*, mentre bisognerebbe annullare tutti gli atti, p. e. i legati, le liberalità alle quali si sono apposte delle condizioni contrarie all'ordine pubblico o a'buoni costumi. Con successo rispose Portalis che se la volontà di due non può fare, la volontà di un solo lo può molto meno. Più, negli atti di liberalità la condizione sola è annullata (art. 816), mentre ne' contratti la nullità della condizione produce la nullità della convenzione, art. 1123, Locré 1, p. 253, n. 29 e 30.

(5) Questo art. aggiunto nelle nostre leggi civili stabilisce l' antica distinzione di leggi *odiose*, e quindi non suscettive che di stretta interpetrazione, e di leggi dette *favorabiles*, le quali ne ammettono una più ampia ed estesa. Perchè questa distinzione offre difficoltà nell' applicazione e sembra contraria alla natura delle leggi, Portalis avea scritto nel titolo preliminare del progetto del codice: *che la distinzione delle leggi odiose e delle leggi FAVOREVOLI, fatta ad oggetto di estendere o di restringere le loro disposizioni, è ABUSIVA.*

Che che ne sia, dalla distinzione adottata dalle nostre leggi segue: 1.° le leggi le quali riguardano in generale ciò ch'è di natural libertà, quelle che permettono tutte sorte di convenzioni, e tutte quelle che favoriscono l' equità, s' interpetrano con tutta l'estenzione che loro può darsi, senza offendere le altre leggi ed i buoni costumi; 2.° le leggi che derogano a questa libertà, quelle che proibiscono ciò che in se stesso non è illecito, quelle che derogano al dritto comune, quelle che fanno delle eccezioni, che accordano dispense ed altre simili, debbono restringersi al caso che regolano, ed a quello che ritrovasi espressamente compreso nelle loro disposizioni. Vedi Domat trattato delle leggi, cap. XII, e Giacomo Gotofredo sulle leggi 141 e 162, de R. J.

LIBRO I.

DELLE PERSONE.



TITOLO I.

DEL GODIMENTO E DELLA PRIVAZIONE DE' DIRITTI CIVILI (1).

—

CAPITOLO I.

Del godimento de' diritti civili (2).

Art. 9. Appartenendo a'nazionali (3) del regno delle Due Sicilie l'esercizio,

I dec. de' 17 dic. 1817 e 18 maggio 1818 determinano le formalità per far diventare nazionale lo straniero.

---

(1) La discussione di questo titolo che à intima relazione co' principii del dritto politico dette luogo nel Consiglio di Stato e nel Tribunato di Francia a delle gravi difficoltà. La sezione di legislazione presentò un progetto che venne adottato dal Consiglio dopo sei redazioni successive, e nella seduta de' 28 brumaio anno X. si portò un intero cangiamento al titolo, specialmente in quanto alla morte civile e risolubile del contumace, e su gli effetti della deportazione in quanto a' dritti civili.

Così il progetto fu presentato al corpo legislativo, che lo comunicò officialmente al Tribunato. Questo corpo nominò una commissione per esaminarlo, e la commissione opinò pel rigetto del progetto; ma dopo viva discussione il rapporto della commissione non fu accolto dal Tribunato, che incaricò i Tribuni Faure, Thiessé e Boissy-d'Anglas di sostenere il suo voto innanzi al corpo legislativo. Il primo console però non dette tempo a presentarlo per le ragioni espresse nella nostra introduzione, e ritirò il progetto. Stabilita poscia la comunicazione officiosa tra il Consiglio di Stato e 'l Tribunato si dissiparono le difficoltà precedentemente insorte, e la legge venne adottata.

Il nostro legislatore à nel titolo in disamina modificato le disposizioni del codice francese per ciò che riguarda *la morte civile*, *la deportazione e l'esecuzione* delle condanne. Quindi si scorge facilmente di quanta importanza sono le disposizioni di questo titolo, e con quanto studio debbesi indagarne lo spirito e l'intelligenza.

(2) Vi à una differenza essenziale tra i dritti *civili* ed i dritti *politici*. I dritti *politici*, che si chiamano anche *dritti di città*, sono quei che le leggi riportano alla qualità di *cittadino* o *nazionale*. Essi consistono nella facoltà di votare o di essere eletto nelle assemblee comunali, del pari che ne' consigli distrettuali e provinciali, e nella capacità di essere nominato alle funzioni pubbliche. — I dritti *civili* sono quelli che derivano dalle leggi comuni a tutt'i nazionali, ed anche agli stranieri, mentre non è di necessità assoluta esser nazionale per godere i dritti civili.

(3) Si concepisce facilmente perchè l'articolo non si occupa che de' nazionali, essendo i dritti civili inseparabili dalla qualità di nazionale. Motivi, in Locré 1, p. 423, n. 3, e p. 472, n. 3.

così de'dritti civili, come de'dritti politici (1), compete l'esercizio de'soli dritti civili (2)

1.° agli stranieri per que'diritti che la nazione a cui essi appartengono, accordi a'nazionali; salve l'eccezioni che per transazioni diplomatiche potrebbero aver luogo (3);

V. gli art. 647, 828, seg.

2.° agli stranieri ammessi dal Governo a stabilire il loro domicilio nel regno, per tutto quel tempo che continueranno a risedervi.

---

(1) Era necessario di annunziare nel codice la distinzione tra i dritti civili e politici, perchè l'antica legislazione confondeva gli uni e gli altri, ed attaccava alle medesime condizioni l'esercizio degli uni e degli altri. Locré 1, p. 362, n. 10.

(2) Il godimento de'dritti politici suppone quello de'dritti civili, ma il godimento de'dritti civili non suppone quello de' dritti politici. Motivi, in Locré 1, p. 422, n. 2.

(3) Il dritto di *albinaggio* che consisteva nel togliere la facoltà di disporre all'estero, e la cui eredità si raccoglieva dal fisco, era contrario a tutt'i principii di sociabilità. Invaso l'impero romano, uno degli effetti della universale calamità fu di essersi da'barbari stabiliti i dritti *insensati*, come si esprime Montesquieu (*Esprit de lois* lib. 21, cap. XVI), dei beni del forastiero morto, e di naufragio: pensarono gli uomini, egli dice, che i forestieri non essendo loro uniti per alcuna comunicazione del dritto civile, per una parte non dovessero a' medesimi veruna sorta di giustizia, per l'altra veruna sorta di pietà. — Federico II. con la Costituzione *ad decus et honorem Imperii, et laudem romani principis ec. ec.*, donde è tratta l'autentica *omnes peregrini*, abolì, in quanto alla capacità di disporre ed al dritto di succedere, ogni divario tra nazionali ed esteri; ed Einnecio ci assicura che con la costituzione anzidetta restò abolito l'albinaggio in tutta la Germania, e che non solo riguardò l'Italia, ma anche le provincie tutte dell'impero. La Germania à sempre spiegato una contrarietà decisa per questa istituzione, e non l'ha fatta valere che per i francesi, giacchè in Francia più che mai era sostenuta. Elem. jur. germ. lib. 1, tit. XVII. §. 431, e tit. XVIII. §. 428.

Allorchè in Francia si venne alla compilazione del codice si osservò che l'abolizione generale dell'albinaggio avrebbe messo i francesi in un livello inferiore a'sudditi di quelle nazioni ov'era tuttora conservato. Fu quindi proposto di adottare il sistema di non ammettere gli stanieri a succedere, che sotto la condizione della *reciprocità* stabilita *con trattato o con legge*. Ma sulle osservazioni del Tribunato si riflettè che conveniva agl'interessi della Francia di far risultare tale reciprocità unicamente da trattato politico, e così fu redatto l'art. 11; ed i giureconsulti francesi affermano che per essere ammesso in Francia un estero a succedere, non basta la reciprocanza nascente da legge, ma debbe risultare da un trattato politico che sanzionasse tale ammessione, senza farla dipendere dalle disposizioni versatili delle legislazioni straniere. Locré 1, p. 352, n. 8 e 9; p. 386 a 390, p. 451, n. 6. Discorsi di Treilhard e di Gary in Locré 1, p. 465 e 466, n. 5, 6 e 9; e p. 474, n. 7. — Merlin repért. v. Aubain.

Le nostre leggi civili ànno stabilito per massima la reciprocanza, senza esigere la necessità di un trattato, e secondo il nostro articolo basta il provare che in uno stato l'albinaggio non sia in vigore, perchè il cittadino di quello stato possa essere ammesso a succedere nel regno. Il legislatore à osservato che il trattato richiesto dall'art. 11 del codice francese per escludere l'albinaggio, non era che un mezzo per assicurare il fatto della reciprocanza stabilita in altra nazione; ma qualora questo fatto è sicuro, è inutile il trattato. Quindi nelle Due Sicilie il trattato è necessario solamente rimpetto a quelle nazioni, ove la regola è l'*albinaggio*; ed è necessario del pari rimpetto a quelle nazioni ove sebbene l'albinaggio non si ammette come regola, pure nelle loro leggi è scritto, che la reciprocanza non è ammessa che dove risulti da trattati.

Conviene ricordare che tra noi, in virtù di vecchi e di nuovi trattati, l'*albinaggio* era stato abolito nel rapporto di varie nazioni. Nel corpo delle prammatiche sotto il titolo *foedera* possono riscontrarsi questi trattati: vedi anche il decreto de'6 settembre 1816.

Inoltre prima di pubblicarsi il novello codice, con decreto de'12 agosto 1818 fu ordinato che « il dritto di albinaggio non sarà esercitato relativamente a'sudditi di quelle potenze, » le quali dalla parte loro non lo eserciteranno pe' sudditi de' reali domini. Gli stranieri » non potranno cominciare a godere degli effetti risultanti da detta disposizione, che dal » giorno in cui la potenza alla quale appartengono, avrà manifestato con una dichiarazione » officiale di accordare la reprocità a' sudditi del nostro regno » — In seguito di ciò molte potenze fecero le loro dichiarazioni.

Da ultimo è da osservarsi che tali dichiarazioni venivano richieste indispensabilmente quando non si era stabilita la reciprocità *di fatto*; ma oggi che il nuovo codice à escluso la necessità del trattato, contentandosi della semplice reciprocanza di fatto, tali dichiarazioni sono utili per ovviare ogni equivoco.

10. La Chiesa (1), i comuni (2), le corporazioni e tutte le società autorizzate (3) dal Governo, si considerano moralmente come altrettante persone. Godono dell' esercizio de' diritti civili, secondo le leggi veglianti. Art. 816. Art. 164, p. c.

11. Qualunque individuo nato nel regno da uno straniero potrà nell'anno susseguente (4) alla di lui maggiore età (5) reclamare (6) le qualità di nazionale; purchè risedendo nel regno, dichiari (7) l' intenzione di fissarvi il suo domicilio; ed abitando in paese straniero, prometta formalmente di stabilire il domicilio nel regno, e ve lo stabilisca nel decorso di un anno dall'atto della suddetta promessa. Art 107, 108 e 109.

(1) Sotto gli imperatori romani gentili non potevano le chiese, come corpi illeciti, istituirsi eredi, e Costantino nel 321 fu il primo che permise alle chiese di acquistare beni mobili e stabili per qualunque titolo; l. 4, Cod. Th. de Episc. et Cleric.; l. 1, C. de SS. Ecc.—Federico II. colla costituzione *Praedecessorum* del 1238 restaurando le antiche leggi de' suoi predecessori, vietò l'acquisto de' beni stabili a'luoghi religiosi, per qualsivoglia titolo di traslazione di dominio, eccettuata la permuta; ed ordinò che se taluno in testamento lasciasse cosa a'luoghi religiosi, tra un anno dovessero venderla o locarla, altrimenti si pubblicasse: non andava compresa in tale proibizione il legato, la vendita o la donazione delle cose mobili. Tal è il senso della Costituzione, secondo l'edizione del 1745.

Gli Angioini accordarono a'luoghi religiosi il dritto di poter acquistare, meno le cose feudali dalle quali doveasi servigio al Re: *cap. item statuimus quod possessiones*, 7. Che anzi fu creduta sacrilega la Costituzione di Federico da Matteo de Afflictis, e gli altri legali sdegnarono di comentarla. Giannone XVI, 8.

Ferdinando IV. nel 1769 stabilì una legislazione della vietata ammortizzazione. Ammortizzazione, *ammortissement* come la chiamano i francesi, è una concessione fatta dal Re alle persone di mano-morta, con la quale si permette loro di possedere taluni beni senza essere astretti a restituirli. E persone di *mano-morta* chiamansi le comunità, la cui esistenza si perpetua mediante la surrogazione sempre successiva delle persone che la compongono, e che non possono acquistare alcun immobile, alcuna rendita sopra particolari, se non ne abbiano precedentemente ottenuta la permissione espressa del sovrano. Il Re con la legge del 1769 vietò alle chiese ed a'luoghi religiosi i nuovi acquisti per qualunque titolo tra vivi o di ultima volontà, in conseguenza di ciò che si era richiesto dal regno al Re Carlo II, ed all' imperatore Carlo VI di Austria; e rimise in vigore le costituzioni di Federico II, de' Re Ruggiero e Guglielmo, i diplomi di Manfredi di luglio 1262, e di Carlo l' illustre de'14 ottobre 1309 *ex rege gestis*, e le novelle degl' imperatori greci, che governarono la Sicilia, la Calabria e le Puglie; cioè la novella 1, cap. 8 di Romano seniore dell' anno 938 cod. Tarantino p. 37, di Nicephoro Phoca dell'anno 964, p. 47 detto codice, e di Manuele Commeno dell'anno 1176, le quali leggi vietato aveano alle chiese gli ulteriori acquisti degli stabili.—Con particolari dispacci si risolsero varie difficoltà insorte nell'applicazione del principio dalla legge del 1769 consacrato.

Ma con l'art. 15 del concordato sanzionato a'21 marzo 1818 si rivocarono per l'avvenire le leggi dell'ammortizzazione, senza pregiudizio ne'loro effetti anche pe'casi non consumati, e per le condizioni non verificate. Così che venne stabilito che la chiesa ed i luoghi religiosi potessero liberamente acquistare per qualunque titolo. L' art. in esame quindi è consono al concordato del 1818.

(2) *I Comuni*: art. 298 a 315 della legge de'12 dicembre 1816.

(3) *Autorizzate*: le società non autorizzate sono illecite, e vengono disciolte; art. 305 a 308 ll. pp. L'assenso del governo è una regalia inalienabile, la quale non può presumersi nè prescriversi; e per conseguente qualunque corpo senza l'assenso è illecito, deve dismettersi, e 'l più lungo corso di tempo non fa presumere l'assenso. Dispacci de'19 e 20 giugno 1769, de'18 febbrajo 1771, e 10 febbrajo 1772.

(4) *Susseguente*: se tralascia di fare la dichiarazione nell'anno susseguente alla maggior età perde questa facoltà, e volendo dopo quest' epoca conseguire la facoltà di nazionale, deve adempiere le formalità prescritte agli stranieri che voglionsi fare naturalizzare. Toullier t. 1, n. 261.

(5) *Maggior età*: non di quella determinata dalle leggi del paese dello straniero, ma di quella stabilita dall'art. 411 delle nostre leggi civili. Delvincourt su questo art. nota 10.

(6) *Reclamare*: il cui effetto si retrotrae al giorno della nascita; argomento dell'art. 24, e Toullier t. 1, n. 261.

(7) *Dichiari*, alla municipalità del luogo in cui intende stabilire il suo domicilio, arg. dell'art. 109. Nel progetto del codice francese questa disposizione formava il terzo comma dell'art. 10, e venne soppresso perchè era oggetto di disposizione puramente regolamentaria. Locré 1, p. 359, n. 3.

12. I figli nati da un nazionale in paese straniero sono nazionali (1).

V gli art. 20 e 24

13. I figli nati in paese straniero da un nazionale, il quale abbia perduto la qualità di nazionale, potranno sempre ricuperare questa qualità, adempiendo le formalità prescritte nell'articolo 11.

Vedi l'art. 22.

14. La straniera che si mariterà con un nazionale, seguirà la condizione del marito (2).

Per la citazione da farsi allo straniero non residente nel regno, vedi l'art. 164 n. 9 p. c.

15. Lo straniero, anche non residente nel regno, potrà esser citato avanti i tribunali nazionali (3) per l'esecuzione delle obbligazioni da lui contratte nel regno (4): potrà parimente esser chiamato avanti i tribunali nazionali per le obbligazioni da lui contratte in paese straniero con un nazionale, purchè gli effetti del giudicato possano eseguirsi nel regno (5).

16. Un nazionale potrà esser citato avanti un tribunale del regno per le obbligazioni (6) da esso contratte in paese straniero anche con un forestiere.

Ved. gli art. 260, 261, 600 a 605 p. c.

17. In qualunque materia (7), escluse quelle di commercio, lo straniero che sia attore, sarà tenuto a dar cauzione pel pagamento delle spese e de' danni ed interessi risultanti dalla lite, quando non possegga nel regno beni immobili di un valore sufficiente ad assicurare il pagamento (8).

18. (9) Qualunque condanna a carico di uno straniero che non abbia domi-

---

(1) Si vede bene che la disposizione di questo articolo riguarda i figli legittimi o legalmente riconosciuti di un nazionale, poichè i figli nati fuori matrimonio seguono la condizione della madre. Inst. de ingenuis. Locré 1, p. 351, n. 5.

(2) Questo art. conforme alle antiche massime fu adottato senza discussione. Locré 1, p. 352, n. 22, e 363, n. 15.

(3) *Tribunali nazionali*, i quali dovranno giudicare con la legge del paese ove l'immobile è situato, se l'affare è relativo ad un immobile. Se l'azione è mobiliare convien distinguere: se è relativa all'interpetrazione di un contratto, si seguirà la legge ove fu stipulato: se relativa al modo di esecuzione si seguirà la legge del paese ove il pagamento dovea esser fatto, o l'obbligazione eseguita. Se l'affare è relativo alla capacità della persona, bisogna conformarsi alla legge del paese della persona, la capacità della quale è impugnata. Finalmente se trattasi della forma di un atto, bisogna consultare la legge del paese in cui l'atto ebbe luogo. Delvincourt su questo art., nota 28. Ubero, posit. jur. in pand., lib. 1, tit. 3, n. 24.

(4) *Contratte nel regno*, CON UN NAZIONALE aggiungeva il corrispondente art. 14 del codice francese. Donde nel Consiglio di Stato si agitò la quistione se uno straniero poteva tradurre avanti i tribunali francesi un altro straniero che avesse con lui contrattato in Francia. Tronchet rispose che i Tribunali potevan giudicare se la giurisdizione non veniva declinata, nè l'articolo che statuiva sulla maniera di decidere le contestazioni tra francesi ed esteri, e che non si occupava de' processi tra stranieri, pregiudicava questo principio. Locré 1, p. 352, n. 16—Cas. 22 gennajo 1806, sulle conclusioni di Merlin, in Sirey anno 1806, p. 263.

Essendosi dal nostro art. soppresse le parole *con un nazionale*, sembra che uno straniero che avesse contrattato nel regno con un altro straniero potrebbe costringere il suo avversario a litigare avanti i Tribunali del regno.

(5) *Purchè gli effetti del giudicato possono eseguirsi nel regno*. Con queste parole aggiunte nel nostro articolo il legislatore à inteso spiegare che il giudicato contro lo straniero non può essere di alcun vantaggio, se costui non abbia nel regno alcuna proprietà; ma non à inteso che l'attore *limine litis* debbe provare che il reo avesse beni nel regno.

(6) *Obbligazioni*. Il progetto del codice diceva *atti*. Si sostituì la parola *obbligazioni* per rendere più preciso l'articolo che si riferisce al dritto di agire, e non al merito degli atti che formano la base delle azioni. Locré 1, p. 353, n. 19.

(7) Anche nelle materie penali lo straniero che intende costituirsi parte civile in giudizio è tenuto a dar cauzione: real rescritto de' 4 aprile 1832.

(8) Delvincourt aggiunge che la giustificazione della proprietà non sarebbe sufficiente, e che inoltre sarebbe necessario un atto o un giudicato, in virtù del quale il reo convenuto potesse prendere una iscrizione ipotecaria. Toullier (t. 1, n. 265,) pensa che non bisogna aggiungere rigore al rigore dell'articolo.

(9) Questo art. che non à il corrispondente nel codice francese è tratto dalla legge de' 10 settembre 1807, pubblicata in Francia. Bullettino francese n. 2758.

cilio nel regno, potrà eseguirsi nel regno anche coll'arresto personale(1). Il presidente del tribunale civile della provincia o valle in cui lo straniero si trovi, potrà anche prima della condanna, dopo però la scadenza o esigibilità del debito, sulla richiesta del creditore(2), e nel concorso di sufficienti motivi, ordinarne l'arresto. Questa misura non avrà luogo e cesserà, quando lo straniero (3) dimostri di possedere nel regno uno stabilimento di commercio, o stabili sufficienti ad assicurare il debito; ovvero dia cauzione equivalente di persona che abbia domicilio nel regno.

Le formalità dell'arresto sono indicate negli art. 863 e seg. p. c.

Per esser valida la cauzione vedi art. 1890, 1891, 1912 ll. cc.; e 600 a 605 p. c.

19. Gli stranieri sono incapaci del godimento di benefizj ecclesiastici e d'impieghi civili nel regno (4).

Eccez. nel dec. de' 12 settem. 1828.

(1) Ed anche per debiti contratti anteriormente alla pubblicazione della legge. Cas. 22 marzo 1809, in Dalloz alla parola *droits civils* sez. 1, art. 21.

(2) *Creditore*, straniero o nazionale, poichè la legge non distingue. Delvincourt per altro in questo art. nota 31, sostiene, che il creditore straniero non avrebbe lo stesso dritto.

(3) *Lo straniero*, quando anche non fosse domiciliato nel regno. Delvincourt in questo titolo, nota 33.

(4) I Sovrani delle due Sicilie ànno costantemente dimostrato una fermezza dirimpetto alle altrui pretenzioni, ed una benevolenza pe'loro sudditi con ordinare che gli ollicii, Beneficii ed altre cariche del regno non si esercitassero che da'soli regnicoli, e fino al 1549 formava ciò il dritto pubblico del regno. Nell'anno 1550 Carlo V. restrinse siffatti privilegi da'suoi predecessori accordati a'Napoletani, i quali nel 1708 fecero giugnere i reclami per siffatte restrizioni all'imperatore Carlo VI, e faticarono con grande amore per revindicare gli antichi patrii dritti il benemerito Gaetano Argento, Presidente del Sacro Regio Consiglio, Alessandro Riccardo e Costantino Grimaldo. Le suppliche de'nazionali furono accolte dal Sovrano, che con Prammatica del 1708 sotto il titolo *ne beneficia ecclesiastica exteris conferantur* rescrisse, che tutte le cariche politiche, ad eccezione di poche che si riservò di conferire ad esteri, e tutt'i Beneficii, Abadie, Dignità, Priorati, Commende, Vescovati, Arcivescovati, Prelature, Juspatronati del regno, Pensioni dovessero godersi da'regnicoli soltanto. Ed il Cardinal Grimani con lettera scritta nel dì 20 settembre 1708 al Pontefice Clemente XI. dimostrò il fine rettissimo che determinò Carlo VI. ad emanare la Prammatica in parola.

Intanto sul finire del secolo decimosettimo e ne'principii del decimo ottavo si ripigliarono le dispute circa la provvista de'vescovati, beneficii e pensioni che si pretendevano potersi godere dagli stranieri. Carlo III, splendore della Monarchia, sostenne i dritti de'suoi sudditi, e nel 1737 vietò di darsi impieghi o cariche a'forastieri, non che diede varii provvedimenti a pro de'nazionali sul proposito de'benefizii e vescovati col concordato stabilito col Sommo Pontefice Benedetto XIV.

Il codice attuale richiamando in vigore le disposizioni del patrio dritto, dichiara gli esteri incapaci di occupare impieghi civili o beneficii.—Nulladimeno è da osservarsi, che il decreto de' 12 settembre 1828 dichiara gli esteri capaci dell'esercizio del padronato attivo e passivo su'beneficii ecclesiastici esistenti nel regno, facendosi un'eccezione al principio generale contenuto negli art. 9 e 19 delle leggi civili.

CAPITOLO II.

Della privazione de' diritti civili.

SEZIONE I.

Della privazione de' diritti civili per la perdita della qualità di nazionale (1).

20. La qualità di nazionale si perde (2)

1.° Per la naturalizzazione acquistata in paese straniero (3);

Decreto degli 8 marzo 1826. *2.*° Per l'accettazione non autorizzata (4) dal Governo di pubblici impieghi (5) conferiti da un Governo straniero;

3.° Finalmente per qualunque stabilimento eretto in paese straniero con animo di non più ritornare (6).

Gli stabilimenti di commercio non potranno giammai considerarsi come formati senza animo di ritornare (7).

21. Il nazionale che abbia perduto la qualità di nazionale, potrà sempre

V. l'art. 24. ricuperarla (8), rientrando nel regno coll'approvazione del Governo (9), e di-

(1) Se il godimento de' dritti civili è un attributo inerente alla qualità di nazionale, la privazione di questi dritti dev' essere una conseguenza naturale della perdita di questa qualità. Il nazionale che à cessato di esserlo non fa più parte della famiglia dello stato, non è più, relativamente allo stato, che uno straniero. Premier exposé de motifs par Boulay, in Locré 1, p. 426, n. 20.

(2) I tre casi enunciati in questo articolo sono considerati come delle pruove *juris et de jure*; ma essi non escludono le pruove congetturali che possono dedursi da altri fatti, se sieno tali che caratterizzino l'espatriazione. In una parola l'articolo non è limitativo. Locré 1, p. 354, n. 23.

(3) La ragione si è che non si possono avere due patrie. Treilhard in Locré 1, p. 468, n. 12.

(4) Quando l'accettazione è autorizzata diviene lecita, onesta e politica.

(5) L'esercizio d'impieghi ecclesiastici, avuto riguardo soltanto alla parte spirituale del sacerdozio, in paese straniero, non toglie la qualità di nazionale. Cas. di Francia 17 novembre 1817. Merlin Rep., v. Français, §. 1, n. 4.

La professione di avvocato esercitata nell'estero non toglie la qualità di nazionale, perchè non costituisce un pubblico impiego. Dalloz, rec. pér, 1827, 2, 140.

(6) La quistione dell'animo di non più ritornare non può essere sottoposta a regole positive. Locré 1. p. 416, n. 9.

(7) Il Tribuno Thiessé espose al Tribunato di essere questa disposizione viziosa sul motivo che fa trasportare nell'estero le branche dell'industria nazionale, ed il valore delle successioni che si raccogliono. Ma ne dimostrò l'utilità Gary tribuno incaricato di esprimere il voto del Tribunato al corpo legislativo. « E utile, egli diceva, perchè tende a moltiplicare » le intraprese commerciali, conservando a coloro che le formano, qualunque sia la loro » durata ed in qualunque luogo lontano le portino, una qualità di cui sono gelosi » Locré 1, p. 476, n. 15.

(8) Cambacérès propose nel Consiglio di Stato, che colui il quale à perduto la qualità di nazionale, volendo rientrare nel regno, dovrebbe per ricuperare la qualità di nazionale, adempiere le formalità stabilite per gli stranieri. In generale, egli diceva, un uomo che dopo di aver abdicato la patria, abdica in seguito la sua patria adottiva, non può ispirare interesse. Questa mozione non fu accolta, perchè si considerò il nazionale che à perduto volontariamente questa qualità non come uno straniero, ma come un figlio che rientra nel seno della sua famiglia. Locré 1, p. 417, n. 10, 427, n. 24, 469, n. 13, 476, n. 16.

(9) Thiessé criticò questa parte dell'articolo, perchè se il motivo ne è quello di sovvenire i figli che vogliono rientrare nel seno della famiglia, non vi è ragione per cui il governo possa impedire la rientrata. Ma la giustizia della disposizione di cui è parola nasce dall' interesse che il governo deve avere di conoscere le intenzioni di colui che vuol rientrare. Locré ibid.

chiarando di volervisi stabilire e di rinunziare a qualunque distinzione contraria alla legge del regno (1).

22. Una nazionale, maritandosi con uno straniero, seguirà la condizione del marito (2). V. l'art. 14.

23. Se rimane vedova, ricupererà la qualità di nazionale, quando essa abiti nel regno, o vi rientri coll'approvazione del Governo, e dichiari di volervi fissare il domicilio.

24. Gl'individui che racquisteranno ne'casi contemplati dagli articoli 13, 21 e 23 (3) la qualità di nazionali, non potranno valersene, se non dopo aver adempite le condizioni prescritte da questi articoli, e solamente per lo esercizio de'diritti che si sono verificati in loro vantaggio dopo tal epoca.

25. Il nazionale che senza autorizzazione del Governo entrasse al servizio militare di Potenza straniera (4), o si aggregasse ad una corporazione militare straniera, perderà la qualità di nazionale.

Non potrà rientrare nel regno senza la permissione del Governo, e non racquisterà la qualità di nazionale, se non dopo avere adempite le condizioni prescritte (5) allo straniero per divenire cittadino; restando però in vigore le pene stabilite dalle leggi criminali contro i nazionali i quali porteranno le armi contro la patria. Art. 105 leg. pen.

SEZIONE II.

Della privazione de' diritti civili in conseguenza di condanne giudiziali.

26. L'esercizio de'diritti civili si perde per effetto di condanna a quelle pene che ne producono la privazione in tutto o in parte (6).

---

(1) La condizione di rinunciare a qualunque distinzione contraria alle leggi del regno fu ammessa sulla proposizione della sezione del Tribunato, ad oggeto di allontanare ogni specie d'incertezza sulla giusta applicazione dell'art. 25. Locré 1, p. 451, n. 11.

(2) Ma se il marito ch'ora nazionale in tempo del matrimonio, diventa straniero per la perdita della qualità di nazionale in uno de'modi indicati dall'art. 20, la moglie non perde la qualità di nazionale. Locré 1, p. 354, n. 25 —V. Delvincourt l. 1, tit. 1, nota 5.

(3) L'articolo 11 non trovandosi qui richiamato, si è conchiuso che l'articolo 24 non sia applicabile a'figli dello straniero nati nel regno, e quindi possono costoro usare del beneficio della retroattività dall'art. 24 negato agl'individui menzionati negl'art. 13, 21, e 23, Toullier t. 1, n. 261. Di contraria opinione è Delvincourt tit. 1, nota 16, seguito da Duranton t. 1, n. 196. — Ma è da osservarsi che l'opinione del Toullier oltre all'essere conforme al testo della legge è appoggiata dalle discussioni del Consiglio di Stato, nel quale si disputò con calore se l'individuo nato in paese straniero dopo l'abdicazione di suo padre, giusta l'art. 13, riprenda i dritti civili dal giorno della dichiarazione di volersi fissare nel regno, o pure debbe riputarsi di non averli mai perduti: si risolse che il ritorno non poteva avere effetto retroattivo. Or se l'art. 24 è limitativo a'dritti di coloro che ricuperano la qualità di nazionale, senza fondamento di ragione vorrebbe estendersi al figlio dello straniero nato nel regno, che adempiendo le formalità prescritte dall'art. 11, à conservato lo spirito di ritorno, e di non rinunciare alla sua prerogativa. Questa verità si raccoglie anche da' motivi. Locré 1, p. 361, n. 7, 364, n. 21, 435, n. 16, e 477, n. 17.

(4) Anche alleata: premier exposé, in Locré 1, p. 427, n. 25.

(5) Da'decreti de'17 dicembre 1817, e 18 maggio 1818. L'interesse pubblico esige che il nazionale sia in questo caso sottomesso alle pruove imposte agli stranieri per divenir nazionali.

(6) L'abolizione della morte civile è uno de'cangiamenti più marcabili che ravvisiamo nelle nostre leggi. La legislazione romana riconobbe questo sistema, e quando in Francia si venne alla compilaziono del codice civile si discusse profondamente se conveniva conservare la *morte civile*. Prevalse non senza difficoltà l'opinione di coloro che stimavano di conservare la morte civile, e Treilhard n'espresse i motivi ne'seguenti termini. « Che cosa » è *morte civile?* mi si dirà: perchè imbrattare il nostro codice con questa barbara e pro-

Art. 27 e 28 l. p. 27. Nelle materie correzionali la sentenza esprimerà nominatamente i diritti, de'quali dovrà produrre la decadenza: questa non sarà pronunziata, che ne' casi ne'quali sia espressamente determinata o autorizzata dalla legge.

Art. 16, 17 e 18 leg. pen. 28. Nelle materie criminali la condanna ad una determinata pena produrrà *ipso jure* la privazione di que'diritti che la legge ha determinato (1).

» scritta espressione? Colui ch'è legalmente condannato per aver disciolto, per quanto era » in lui, il corpo sociale, non à più dritto da reclamare: la società non lo riconosce più: ella » più non esiste per lui: egli vi è morto: ed ecco la *morte civile*. Perchè proscrivere una » espressione usitata, che corrisponde perfettamente a ciò che vuolsi spiegare? il cui sen» timento e valore ognuno comprende, ed a cui quegli stessi che la disapprovano, non sep» pero ancora trovare altra equivalente espressione? Locré 1, p. 469, n. 21.

In questo senso ancora si espresse il Tribuno Gary avanti al corpo legislativo: Locré 1, p. 477, n. 25.

Non mancarono però degli acerrimi oppositori al sistema della morte civile, e bisogna convenire che il rapporto fatto dal Tribuno Thiessé per lo rigetto del progetto è sensatissimo. Egli dimostra, che la morte civile è una espressione illimitata ed i cui effetti sono essenzialmente limitati, poichè la morte civile non priva di tutt'i dritti risultanti dalla legge civile. Ed invero « se la morte naturale, egli diceva, è la distruzione dell'essere, e per conseguente » la perdita de'beni e de'mali attaccati alla vita, la morte civile dovrebb'essere nello stesso » modo in ciascuno stato, la perdita di tutt'i beni, di tutt'i mali che risultano dalle leg» gi. Or ciò non è, nè giammai è stato. Un uomo cui si lascia la vita, conserva perciò solo » i mezzi di vivere, per conseguente la facoltà di travagliare, e così il dritto di acquistare, » di vendere, di essere convenuto in giudizio da'suoi creditori, di convenire i suoi debitori » ec. Si vede bene perciò di essere inesatta l'espressione *morte civile*, e quindi bisogna pro» scrivere una espressione barbara e d'incerto significato. Locré 1, p. 440 a 444, n. 7. a 10.

Il nostro codice à fatto sparire il nome di morte civile, nè se ne sono con ragione ritenuti gli effetti tutti espressi nel codice francese. Vedremo nella nota seguente che nessuna pena produce la perdita totale de'dritti civili, e per conseguente le espressioni *in tutto* adoperate nell'articolo presente, formano una imperfezione di redazione.

(1) Per le leggi penali la sola pena dell'ergastolo (art. 16, l. p.) produce perdita di dritti civili, mentre le pene de' ferri e della reclusione (art. 17 e 18) non producono che la sola interdizione dell'esercizio de'dritti civili, durante la pena. È utile comentarne le disposizioni.

Articolo 16 « Il condannato all'ergastolo perde la proprietà di tutt'i beni che possedeva: » la sua successione è aperta a vantaggio de'suoi eredi, come se egli fosse morto senza te» stamento, non potendo più disporre nè per atto tra vivi, nè per testamento, di tutti o di » parte de' suoi beni—Non può neanche acquistare nè per atto tra vivi, nè per causa di mor» te. Tuttavia la legge lo considera come mezzo ed organo per potere i di lui discendenti » conseguire i dritti successorii ed i condizionali che si verificheranno a suo favore.—Non » può stare in giudizio civile nè per domandare nè per difendersi, altrimenti che sotto il » nome e col ministero di un curatore nominato specialmente da quel Tribunale ove l'azio» ne è introdotta. Il Tribunal civile può obbligare i di lui eredi a somministrargli qualche » sovvenzione a titolo di alimenti, i quali debbono limitarsi ad un piccolo sollievo.

I. Si domanda in primo luogo se la enumerazione de'dritti di cui la condanna all'ergastolo produce la perdita, sia limitativa. La risposta debbe essere affermativa, perciocchè bandito il nome della *morte civile*, il condannato all'ergastolo non è estinto agli occhi della società, e bisogna stare alla enumerazione fissata dalla legge. È vero che in Francia ànno i giureconsulti opinato che la enumerazione dall'art. 25 di quel codice stabilita per la perdita dei dritti civili non è che enunciativa, ma derivava questo sistema dall'effetto generale della morte civile, ch'era quello di non annoverare gl'individui che n'erano colpiti tra le persone della società, *personam non habent*. Presso di noi quindi non essendo lecito di estendere le sanzioni penali oltre i casi dalla legge contemplati (art. 8, 26, 28, ll. cc.; 60, l. p.) convien conchiudere che il condannato all'ergastolo non perde che i dritti civili soltanto dalla legge determinati.

Da questi principii ne segue:

1.° Che il condannato all'ergastolo non perde la patria potestà de'figli; e quindi à dritto di dare il consenso dall'art. 163 prescritto pel matrimonio del figlio, e di godere l'usufrutto legale accordato dall'art. 298, mentre per l'art. 542. l'usufrutto non si estingue che colla morte, a differenza dell' art. 617 del codice francese che fa estinguere l'usufrutto per la morte civile.

2.° Che il matrimonio rimane indissolubile, mentre per lo contrario l'art. 25 del codice francese pronunziava lo scioglimento del matrimonio per la condanna a pena portante la

29. Le condanne profferite in contraddizione non produrranno privazione Art. 52, ll. pp.

---

morte civile, disposizione contro la quale erasi scagliato il Tribuno Thiessé, quantunque il matrimonio era allora considerato come un contratto puramente civile. Locré 1, p. 444, n. 11.

3.° Che il condannato può contrarre un matrimonio ecclesiasticamente, come venne spiegato con rescritto de' 12 giugno 1832, secondo il quale il matrimonio debba procedere senza le formalità civili, nè possa produrre effetti civili, a meno che S. M. non si degni di accordarne la dispensa per particolare atto di sovrana clemenza, ed in questo caso i figli che nascono da tal matrimonio godono i dritti di legittimità.

4.° Che non vengono i condannati all'ergastolo spogliati delle capacità naturali, nè della facoltà di acquistare a titolo oneroso, di possedere e di esercitare la mercatura, ed i giureconsulti francesi convengono che questa capacità rimane anche al morto civile; il che dette campo a Thiessé (Locré 1, p. 443 n. 9.) di scagliarsi contro il sistema della morte civile esprimendosi così: « Per isfuggire la difficoltà, che la morte civile non produce » gli effetti della privazione di tutt'i dritti civili, i giureconsulti àn detto che il dritto di » acquistare, di vendere, di esser convenuto in giudizio da' creditori, e di convenire i » debitori fa parte piuttosto del dritto delle genti che del dritto civile; donde conchiudono che tutti gli uomini, anche morti civilmente, debbono partecipare di questi dritti. Ma » ciò non è altro che una sottigliezza; perchè questo dritto delle genti non sussiste da » pertutto nella medesima maniera: è consacrato presso cadauno stato dalle leggi che gli » sono proprie, ed in questo senso fa una parte principale, integrante del dritto civile di » ciascun paese ».

II. Veniamo ora ad esaminare le conseguenze che derivano dalla perdita de' dritti civili enumerati nell'art. 16. l. p.

1.° Poichè il condannato all'ergastolo perde la proprietà de' suoi beni e la successione è aperta ab intestato, il testamento che avesse fatto precedentemente alla condanna è nullo, perciocchè per esser valido il testamento debbe il testatore esser capace all'epoca della confezione non solo, ma anche all'epoca della sua morte (Vedi le osservazioni all'art. 818.)

L'apertura della successione dal momento in cui la condanna diventa esecutiva, apre il dritto a coloro che a quell'epoca trovansi più prossimi al condannato, giusta gli art. 645, 654, 667, 668, 671, 672, 673, 674, 680, 683 e 684. Una regola così assoluta può dar luogo a delle evidenti ingiustizie. Supponiamo che un condannato all'ergastolo abbia per parente più prossimo un cugino, costui raccoglierà l'eredità. Se poscia procrea un figlio legittimo, evidentemente questi non avrà un obolo della paterna successione, mentre non esistendo all'epoca in cui si è aperta la successione, trovasi nella incapacità contemplata dall'art. 646. Può ancora verificarsi il caso, che il condannato avendo figli legittimi ne procrei altri dopo la condanna, e per la medesima ragione questi ultimi non ànno che pretendere della paterna eredità. È desiderabile, che stante la indissolubilità del matrimonio, il legislatore adotti un sistema che nella pratica non urti diametralmente i dritti de' figli che nascano dal matrimonio del condannato.

Qui potrebbe presentarsi una quistione: se alla morte del condannato all'ergastolo si trovassero in di lui potere denaro o altri oggetti acquistati coll'industria o per azzardo, chi è chiamato a raccogliere questi beni? Per l'art 33 del codice civile francese succede lo stato, per dritto chiamato da' francesi di *déshérance*, in virtù del quale lo stato succede a' beni acquistati dal condannato che sia incorso nella morte civile, e de' quali fosse possessore al tempo della sua morte naturale. Stante la soppressione di questo articolo, pare che il nostro legislatore abbia abolito il dritto di caducità in favore del fisco, e voglia che succedano ne' beni trovati presso il condannato all'epoca della morte, i suoi eredi. Sembra del pari per argomento dell'art. 136, che per *eredi* non debbansi intendere coloro che raccolsero la eredità del condannato, trovandosi successibili all'epoca in cui la condanna passò in cosa giudicata, ma coloro che si trovano successibili nel momento della morte del condannato.

2.° Il condannato all'ergastolo è incapace di raccogliere una successione o una liberalità per atti tra vivi. Nulladimeno la legge nostra, a differenza della francese, lo considera come mezzo ed organo per potere i di lui discendenti conseguire i dritti successorii e condizionali, ossia i discendenti possono rappresentarlo. È questa una eccezione all'art. 666, che non ammette la rappresentazione dell'uomo vivente.

3.° Il condannato conserva la qualità di uomo che la legge non può togliergli. Conserva quindi il dritto di sicurezza, di libertà, e le capacità naturali per le quali può agire e difendersi in giudizio. Ma non si è trovato convenevole che agisse in suo nome o in nome di un mandatario che lo rappresentasse. Non può stare in giudizio nè come reo convenuto, nè come attore, fuorchè sotto il nome e col ministero di un curatore nominato dal Tribunale avanti al quale è stata introdotta l'azione.

4.° La condanna all'ergastolo non estingue l'usufrutto, nè la rendita vitalizia, art.

de' diritti civili, che dal giorno della loro esecuzione (1).

Art. 464 a 475, pr. pp. 30. Le condanne in contumacia non la produrranno, che dopo cinque anni successivi alla loro pubblicazione, nel decorso de' quali può il condannato presentarsi (2).

31. Duranti i cinque anni, i condannati in contumacia saranno privi dell'esercizio de' diritti civili sino a che si presentino in giudizio, o vengano nel corso di questo termine arrestati.

Art. 118, 120, 131, 132. I loro beni saranno amministrati, e le loro ragioni promosse come quelle degli assenti.

32. Quando il condannato in contumacia si presenterà volontariamente fra cinque anni dal giorno della pubblicazione della sentenza, o verrà in que-

---

542 e 1836. Il codice francese però dava luogo alla estinzione dell'usufrutto per la *morte civile*, e queste parole sono state avvedutamente soppresse nell'art. 542. La quistione intanto consiste nell'esaminare se l'usufrutto e la rendita vitalizia debbonsi agli eredi del condannato fino alla costui morte, o alla persona del condannato. In quanto all'usufrutto non può cader dubbio che il godimento appartenga agli eredi del condannato. In quanto alla rendita vitalizia, il processo verbale del Consiglio di Stato dice, che gli arretrati corrono a profitto degli eredi del condannato (Locré 1, p. 394, n. 10); e Maleville t. 1, p. 56, opina che la rendita corrente debbe correre anche a pro degli eredi del condannato. Toullier però fa una sensata distinzione: se la rendita vitalizia abbia la natura di rendita alimentaria corre a pro del condannato, in caso contrario de' suoi eredi. Il motivo della distinzione trae dal perchè nel progetto dell'art. 1836, era detto che il pagamento sarebbe fatto agli eredi, e queste parole furono soppresse: t. 1, n. 287.

III. La condanna a' ferri ed alla reclusione porta seco la perpetua interdizione de' pubblici uffizii, e l'interdizione patrimoniale, durante la pena. Dopo la pena quindi saranno a' condannati restituiti i beni, ed il curatore gli renderà conto dell'amministrazione, art. 17 l. p. Dal che segue che i condannati a queste pene non perdono la facoltà di possedere e di acquistare: sono semplicemente interdetti dall'esercizio de' loro dritti.

La condanna alla rilegazione non porta seco altra perdita di dritti, che l'interdizione da' pubblici uffizii per altrettanto tempo dopo espiata la pena, per quanto è durata; art. 18 l. p.

IV. Le leggi penali non pronunziano alcuna incapacità contro il condannato a morte, a differenza del codice francese che nell'art. 23 prescriveva che la condanna alla morte naturale produceva la *morte civile*. Si è quindi presentata presso di noi la quistione, se il condannato a morte possa disporre de' suoi beni con testamento. Il Tribunale civile di Salerno con sentenza del 26 novembre 1830, dichiarò nullo il testamento fatto dal Canonico de Luca condannato a morte. Sull'appello prodotto dall'erede testamentario, la G. C. civile di Napoli considerò tra l'altro, che la perdita de' dritti civili, fulminata contro il condannato all'ergastolo, non trovandosi del pari comminata contro il condannato a morte, non può il giudice supplirla per identità di ragione. Applicando quindi gli art. 3, 8, 26, 28, 818 ll. cc.; e 16, l. p. fece dritto all'appello, e dichiarò valido il testamento, sulle difformi conclusioni del pubblico ministero. — Sul ricorso degli eredi legittimi la Corte Suprema con arresto del dì 6 giugno 1835, rigettò il ricorso.

(1) « L'accusato che muore nell'intervallo tra la pronunziazione e l'esecuzione del giudicato, muore nell'integrità de' suoi dritti, *purchè non si abbia dato la morte da se stesso* » aggiungeva il progetto del codice. Portalis domandò nel Consiglio di Stato la soppressione delle parole segnate, pel motivo che le leggi francesi guardano il silenzio sul suicidio. Il Consiglio fece dritto a questa emenda, e perciò Boulay fece osservare che l'intero comma diveniva inutile: come tale non è passato nel codice. Locré 1, p. 403, n. 5.

La morte dunque del condannato, anche cagionata dal suicidio, prima che la condanna diventi esecutiva, fa morire nell'integrità de' suoi dritti, *integri status*.

(2) Gravi difficoltà si elevarono nel Consiglio di Stato di Francia sul sistema da tenersi per la perdita de' dritti civili del condannato in contumacia. Alcuni pensavano che la perdita de' dritti civili dovea datare dal giorno stesso della esecuzione per *effigie* (presso di noi dalla pubblicazione), fondandosi sulla necessità di eseguire, per quanto è possibile, il giudicato renduto, e sul vantaggio che ne sentirebbe la società per la prontezza della esecuzione: salvo nondimeno a prendere delle precauzioni tali da rendere provvisorio lo stato del condannato se morisse o si presentasse ne' cinque anni, senza nuocere a' dritti aperti in favore delle parti interessate. Prevalse il principio passato poi nell'articolo per vedute di umanità, e per la natura stessa de' giudizii contumaciali, i cui motivi furono bellamente espressi da Gary in Locré 1, p. 481, n. 26.

sto termine preso e carcerato, la sentenza sarà annullata *ipso jure*: l'accusato sarà restituito nella integrità de'suoi diritti, e nuovamente giudicato. La nuova sentenza che sarà profferita, quando anche fosse conforme alla prima, non produrrà effetto, che dal giorno della sua esecuzione (1). Art. 466 a 473, proc. pen. Art. 52, leg. pen.

33. Quando il condannato in contumacia siasi presentato, o sia stato carcerato dopo i cinque anni, benchè con una nuova sentenza fosse assoluto, o condannato ad una pena la quale non produca la privazione de'diritti civili, rientrerà nel godimento de'suoi diritti civili pel tempo avvenire, e dal giorno in cui sia comparso in giudizio: ma la prima sentenza conserverà per lo passato gli effetti che avea prodotti nell'intervallo decorso dopo la scadenza de' cinque anni sino al giorno della di lui comparsa in giudizio (2).

34. Se il condannato in contumacia muoia nel termine di grazia de' cinque anni, senza essersi presentato, o senza essere stato preso ed arrestato, sarà considerato morto nella integrità de' suoi dritti: la sentenza contumaciale sarà annullata *ipso jure*, senza pregiudizio però dell'azione della parte civile (3).

35. In nessun caso la prescrizione della pena restituirà il condannato ne' suoi diritti civili pel tempo avvenire (4). Art. 613 a 617, proc. pen.

---

(1) Berlier propose nel Consiglio di Stato, che se il condannato in contumacia è di nuovo condannato ad una pena portante la privazione de' dritti civili, questa perdita dovrebbe datare dalla pubblicazione del primo giudicato. Tronchet replicò che tutt' i Tribunali si erano elevati contro questa disposizione. È invero un principio che il giudicato è annientato in tutte le sue parti, allorchè il contumace si presenta: la sua condanna non risulta dunque che dal secondo giudicato: così è dalla esecuzione di questo giudicato che deve datare la perdita de'dritti civili. Locré 1, p. 411, n. 18.—Per il che tutti gli atti fatti dal condannato in contumacia fino al dì in cui la sentenza condannatoria non diventi irrevocabile, sono validi.

(2) Se dunque dopo il termine de'cinque anni si sono aperte delle successioni, alle quali avrebbe avuto dritto il condannato all'ergastolo ove non avesse perduto i dritti civili, e che sieno state raccolte da altri, egli nulla può pretendere, benchè si fosse presentato in giudizio. Delvincourt per vedute di umanità si sforza di dimostrare (lib. 1, tit. 2, nota 37) che se il condannato in contumacia presentato dopo i cinque anni rimanga assoluto, abbia dritto di ricuperare i suoi beni che per la condanna erano passati in mano de' suoi eredi a titolo di successione. Questa opinione sembra inconciliabile col testo della legge.

(3) *Senza pregiudizio però dell'azione della parte civile, la quale non può essere intentata contro gli eredi del condannato, se non in via civile* aggiungeva l'art. 31 del codice francese. Le quali parole fecero dire al Delvincourt l. tit. 2, nota 32, che la nullità della sentenza contumaciale lo è anche per le condanne civili riportate dalla parte civile. Ma presso di noi debbesi decidere diversamente, poichè le parole segnate sono stato soppresse nel nostro articolo per metterlo di accordo colle leggi penali. In effetti secondo gli articoli 467, e 475, proc. pen. la decisione contumaciale si à per eseguita riguardo agli effetti civili colla iscrizione nell' albo de'rei assenti, a favore della parte che nel giudizio criminale à domandato ed agito pel risarcimento de'danni. La parte civile quindi che à riportato decisione di condanna a'danni-interessi contro il contumace, può agire contro gli eredi del condannato in contumacia e morto nel termine de'cinque anni, ritenendo la sentenza per gli effetti civili la forza del giudicato. In questa parte il nostro codice diversifica dal francese.

(4) Si discusse molto se la prescrizione della pena dovesse far riacquistare al condannato i dritti civili. I partigiani dell'opinione affermativa ragionavano così: la perdita de'dritti civili è la conseguenza della pena; ma come mantenere l'effetto quando l'abolizione della pena fa cessare la causa? L'interesse politico vuole che si diminuisca per quanto è possibile il numero de' vagabondi: or sarebbe aumentarlo e costringere ad un vagabondaggio perpetuo i condannati che ànno prescritto la pena. La miseria è la causa più generale de' delitti: non bisogna perciò apportare nelle leggi tanta inflessibilità di carattere: venti anni passati nelle privazioni, ne' spaventi, nell' agonia del timore non basterebbero per l'espiazione de' più grandi delitti? Si è sperimentato che la troppa severità delle pene non fa che rivoltare gli spiriti e depravare i cuori; sperimentar conviensi ciò che potrebbe produrre la clemenza.

A quali ragionamenti si replicò, che non bisogna accordare premio sopra premio al

TITOLO II.

DEGLI ATTI DELLO STATO CIVILE (1).

CAPITOLO I.

Disposizioni generali (2).

36. Gli atti dello stato civile esprimeranno l'anno, il giorno e l'ora, in cui saranno ricevuti; i nomi, i cognomi, l'età la professione ed il domicilio di tutti coloro che in essi saranno nominati.

---

contumace, e che non vi à tra i due effetti, considerati relativamente alla loro causa, una connessione tale che il legislatore non possa conservarne uno, inficiando l'altro. Che se l'ordine sociale vuole, adottando la prescrizione della pena, non tener la spada perpetualmente sospesa sulla testa del condannato; questa disposizione liberale degenererebbe di troppo restituendo a' contumaci tutt'i dritti della vita civile; e che sarebbe veramente bizzarro che, pel solo fatto della sua contumacia, un uomo condannato giudiziariamente alla deportazione, per esempio, può rendere puramente *temporanea* una privazione di dritti civili che gli era stata inflitta a perpetuità.—Queste ragioni prevalsero, e l'articolo fu adottato. Locré 1, p. 412, n. 25, 1.

Ci sembra intanto che la disposizione dell' art. in disamina è presso di noi divenuta perfettamente inutile, ed inconciliabile con le regole stabilite dalle leggi di procedura penale per la prescrizione delle pene. Spieghiamo meglio la nostra proposizione.

Le pene pronunziate con decisioni rese in materia di alto criminale si prescrivono in Francia col decorso di anni 20, a contare dalla data della decisione, art. 635, cod. di proc. pen.

La prescrizione quindi delle pene che producono privazione de' dritti civili essendo da quel codice di procedura penale riconosciuta, rende benissimo applicabile la disposizione dell'art. 32 del codice civile (uniforme all'art. 35 leg. civ.), secondo il quale il condannato che à prescritto la pena non è restituito ne' suoi dritti civili pel tempo avvenire.

Ma presso di noi quale pena produce la privazione de' dritti civili? La sola pena dell' ergostolo (art. 16 leg. pen.), mentre le altre pene criminali de' ferri e della reclusione non producono che una interdizione dell' esercizio de' dritti civili, durante la pena. Or se la perdita de' dritti civili è inerente alla pena che viene pronunziata contro il condannato, e se per l'art. 613 procedura penale, non si prescrivono giammai le pene di morte, ergastolo, quarto e terzo grado de' ferri, come potrà verificarsi il caso della prescrizione della pena che non restituirà il condannato ne' dritti civili pel tempo avvenire, quando la pena che produce privazione de' dritti civili è imprescrittibile? Si fan voti perchè nella revisione del codice si adotti un sistema da rendere uniformi le diverse parti del codice medesimo.

(1) Questo titolo che à per oggetto di assicurare lo stato de' cittadini non cede ad alcun altro per la sua importanza. Gli oratori del governo e quelli del Tribunato ànno eloquentemente dimostrato il grande interesse che si attacca al titolo degli atti dello stato civile, essendo necessario di non abbandonare lo stato de' cittadini, fuori i casi d' impossibilità, alla pruova testimoniale, nè ad altri documenti transitorii ed incerti, ma di consegnarla ne' registri e negli atti pubblici. Tutto ciò quindi che à rapporto alle forme degli atti dello stato civile dovea naturalmente trovare il suo posto nel codice civile: sarebbe stato un grande inconveniente abbandonarle a delle leggi regolamentarie, troppo sovente versatili.

(2) La legge à evitato di pronunziare delle nullità in siffatta materia per l'inadempimento di alcune delle formalità in questo e ne' tre seguenti capitoli prescritte, per la ragione ch'era cosa impossibile stabilire le nullità per regole generali: le circostanze possono far giudicare delle nullità di un atto. Si possono dare alcune regole su gli atti del matrimonio, perchè il contratto di matrimonio è preceduto ed accompagnate da formalità e sottomesso a delle condizioni; ma le nullità che si stabilissero per gli atti di nascita e di morte, non distruggerebbero in alcun caso la certezza della data, ch'è una delle parti più essenziali, poichè potrebbe rilevarsi dal contesto del registro. L'errore quindi dà luogo a rettificare e non ad annullare l'atto. Locré 2, p. 37, n. 20.

37. Gli uffiziali dello stato civile (1) non potranno inserire cosa alcuna negli atti che riceveranno, sia per annotazione, sia per qualsivoglia indicazione, oltre quello che debbe (2) essere dichiarato da' comparenti.

38. Le parti interessate, nel caso in cui non saranno tenute a comparire personalmente (3), potranno farsi rappresentare da persona munita di procura speciale ed autentica (4). Art. 46.

39. I testimonj (5) presentati (6) per gli atti dello stato civile non potranno essere che maschi (7) in età almeno di ventuno anni, parenti (8) o altri; e saranno scelti dalle persone interessate. Art. 53, 63, 77, 83, 91.

40. L'ufiziale dello stato civile farà lettura degli atti alle parti comparenti o a' loro procuratori, ed a' testimonj.

In essi sarà fatta menzione dall'adempimento di questa formalità.

41. Questi atti saranno sottoscritti dall' ufiziale dello stato civile, da' comparenti e da' testimonj; ovvero si farà menzione della causa che ha impedito a' medesimi di sottoscriversi.

42. Gli atti dello stato civile saranno inscritti in ciascun comune sopra uno o più registri tenuti in doppio (9).

43. I registri saranno numerati dal primo all'ultimo foglio; e ciascuno di questi sarà cifrato dal presidente (10) del tribunale civile, o dal giudice che ne farà le veci (11).

---

(1) Le funzioni di uffiziale dello stato civile sono affidate a'Sindaci de'rispettivi comuni, ed in Napoli all'Eletto di ciascuna sezione: art. 56 e 78 leg. de' 12 dicembre 1816. Decreto de' 14 settembre 1819.

(2) *Che debbe.* Gli atti dello stato civile non dovendo che contenere le nascite i matrimonii le morti, debbono le parti limitar le loro dichiarazioni a' fatti che la legge determina. E sebbene l' uffiziale dello stato civile esercita un ministero puramente passivo, nè è giudice del valore delle dichiarazioni, pure deve obbligare le parti a mantenersi ne'limiti che la legge loro prescrive. Rapporto di Simeon e discorso di Chabot in Locré 2, p. 95, n. 8; e p. 104, n. 8.

(3) *Personalmente*: pel solo caso in cui le parti sono obbligate a comparire di persona vedi l'art. 77—Ben vero una delle parti contraenti può esser rappresentata da un procuratore negli atti di matrimonio. Vedi la nota 2, pag. 24.

(4) L'autenticità della procura si esige per prevenire le sorprese. Locré 2, p. 105, n. 9.

(5) *I testimonii*, e non i dichiaranti. Imperciocchè i testimoni chiamati per dare all'atto la forma solenne debbono avere le qualità richieste da questo articolo; non già i dichiaranti che attestano il fatto della nascita p. e., e l'origine del fanciullo. Locré, 2, p. 33, n. 8.

(6) *Presentati*: questa parola fu sostituita all'altra del progetto *appellati*, la quale suppone un'autorità che non esercitano i particolari da'quali i testimoni sono presentati. Locré 2, p. 33, n. 8.

(7) *Maschi.* Se altra volta le femmine erano ammesse a fare testimonianza in questa materia, l'era perchè si confondevano i testimoni con i dichiaranti. Ammessa oggi questa distinzione, bisognava che i testimoni ammessi a solennizzare l' atto avessero le qualità richieste pe'testimoni adibiti ne'contratti ordinarii. Locré 2, p. 33, n. 8, e p. 66, n. 3.

(8) *Parenti.* Era necessario esprimere con una disposizione espressa la capacità de' parenti a far da testimoni, per prevenire i capricci degli uffiziali dello stato civile. Locré 2, p. 33, n. 8.

(9) La tenuta de'registri in doppio non è fondata sulla natura delle giurisdizioni: dessa è stabilita per la sicurezza dello stato de'cittadini, ed evitare la perdita de'dritti delle famiglie per la perdita di un registro. Locré 2, p. 34 e 35, n. 14.

(10) Il decreto degli 8 aprile 1809 autorizza i presidenti a delegare ad uno o più giudici la cifra de'registri dello stato civile. I decreti de' 10 agosto e 1 settembre 1819 confermano la stessa disposizione.

(11) I motivi che ànno determinato il legislatore a dare il potere di verificare e cifrare i registri dello stato civile al potere giudiziario piuttosto che all'amministrativo, sono di ordine pubblico e politico. Se lo stato de' cittadini, diceva Thibaudeau, è una proprietà che riposa come tutte le altre proprietà, sotto l'egida de'tribunali, i registri debbono essere dal giudice cifrati, altrimenti in caso di contestazione sarebbero obbligati di far verificare le signature de' Prefetti (Intendenti). Aggiungeva Duchesne nella sezione del tribunato, che

44. Gli atti saranno inscritti ne' registri immediatamente e senza alcuno spazio in bianco (1). Le cancellature e le postille saranno approvate e sottoscritte nello stesso modo che il corpo dell' atto. Non vi saranno abbreviature, e non potrà mettersi veruna data in cifre numeriche.

45. In fine di ogni anno i registri saranno chiusi e firmati dall'ufiziale dello
Art. 55. stato civile; e dentro un mese uno de' registri sarà depositato negli archivj del comune, e l'altro presso la cancelleria del tribunale civile.

46. Le procure e le altre carte che debbono restare unite agli atti dello stato civile, dopo che saranno state cifrate dalla persona che le avrà prodotte, e
Art. 38. dall'ufiziale dello stato civile, saranno depositate presso la cancelleria del tribunale col doppio de' registri, il di cui deposito dee farsi in detta cancelleria.

47. Qualunque persona potrà farsi rilasciare da' depositarj de' registri dello stato civile gli estratti de' medesimi. Questi estratti uniformi a' registri e legalizzati (2) dal presidente del tribunale civile, o dal giudice che ne sostiene
Art. 1273. le veci, faranno fede fino a che non sieno sottoposti ad un giudizio di falso (3).

48. Alloraquando non esistessero i registri o si fossero smarriti, avrà luogo la pruova col mezzo tanto di documenti, che di testimonj; ed in questo caso
Art. 241, 245, 246 e 1301. i matrimonj, le nascite e le morti potranno (4) provarsi co' registri e colle carte de' genitori defunti, egualmente che con testimonj; salve le disposizioni contenute nel decreto de' 16 di agosto 1815 (5).

49. Qualunque atto dello stato civile di un nazionale o di uno straniero,
Art. 180. fatto in un paese straniero, sarà valido, qualora siensi osservate quelle formalità che sono in uso in quel paese (6).

---

nel caso di falso o alterazione degli atti dello stato civile, ne può risultare un'azione criminale, correzionale o civile, tutte di competenza de' tribunali. L'autorità amministrativa non deve intervenirvi sotto alcun rapporto: sarebbe anche inconveniente d'interporla nelle semplici rettificazioni fondate su leggieri errori o omissioni, perchè sempre vi si trova una persona direttamente interessata o de' terzi interessati. Locré 2, p. 67 e 76.

(1) *Senza spazio in bianco*, E CONFORMEMENTE A' MODELLI aggiungeva il progetto del codice. Queste ultime parole furono soppresse per la ragione, che se i modelli obbligavano e dovean servire di norma agli uffiziali dello stato civile, le nullità risultanti dalle omissioni o inesattezze avrebbero dato luogo ad una diversità di giurisprudenza. Or erasi nel Consiglio stabilito che i modelli inviati dall'amministrazione dovean servir di guida, e la non conformità a' modelli non dovea produrre la nullità degli atti. Locré 2, p. 63, n. 4, e p. 37, n. 20.

(2) *Legalizzati:* con questa disposizione non si è inteso contraddire il principio, che gli atti autentici fanno fede senza bisogno di legalizzazione, art. 637, p. c. La legalizzazione non si esige che nel caso in cui il tribunale non conosca la firma dell'uffiziale pubblico che à redatto l'atto. Locré 2, p. 91, n. 3.

(3) La disposizione dell' articolo 1295, che non ammette la pruova testimoniale oltre e contro il contenuto negli atti, si applica agli atti dello stato civile. Locré 2, p. 38, n. 29.

(4) *Potranno.* Questa parola mostra che i giudici non sono tenuti ad ammettere la pruova testimoniale ogni qualvolta non si fossero tenuti i registri, o si fossero smarriti. Si tratta quindi di una facoltà concessa a' giudici per usarne secondo la prudenza, conformandosi alle altre disposizioni (art. 245, 246, 1301), che modificano il principio enunciato in questo articolo. Toullier t. 2, n. 884.

(5) Il decreto de' 16 agosto 1815 prescrive le formalità da serbarsi ove convenga rifare in caso di dispersione o di distruzione i registri dello stato civile; e dichiara che, pendente tale operazione, debbasi stare a fede de' libri parrocchiali. Con altro decreto de' 18 ottobre 1815 furono prescritte le stesse regole consacrate nel cennato decreto de' 16 agosto, ove convenga rifare i libri parrocchiali, sol che però appartengano a un epoca anteriore di anni venticinque alla istituzione de' registri dello stato civile.

(6) La disposizione di questo articolo è una conseguenza della regola *locus regit actum.* Sull' origine di questa regola vedi Toullier t. 10, n. 80, nota.

Si propose nel Consiglio di Stato di aggiungere all'art., che gli atti dello stato civile fatti in paese straniero, fossero riportati su' registri del regno, pel motivo che questi registri debbono contenere tutto ciò che concerne lo stato civile de' nazionali. Sulla osservazione

50. È lasciata a'nazionali dimoranti fuori del regno la libertà di far distendere tali atti per mezzo degli agenti diplomatici o de' consoli ivi stabiliti dal Governo (1).

51. In tutti i casi in cui dovrà farsi menzione di un atto relativo allo stato civile in margine di un altro atto di già inscritto, essa verrà fatta a richiesta delle parti interessate dall'ufiziale dello stato civile ne'registri correnti, o in quelli che saranno stati depositati negli archivj del comune; e successivamente dal cancelliere del tribunale civile su'registri depositati nella cancelleria: pel quale effetto l'ufiziale dello stato civile ne darà avviso entro tre giorni al procuratore regio presso il tribunale, il quale invigilerà acciocchè la menzione sia fatta in modo uniforme su i due registri. Art. 106.

52. Ogni contravvenzione (2) agli articoli precedenti per parte de'mentovati funzionarj, sarà dedotta innanzi al tribunale civile (3), e punita con una multa che non potrà eccedere venticinque ducati (4). Art. 170 e 171. Art. 244 leg. pp.

53. Ogni depositario di registri sarà risponsabile civilmente delle alterazioni che vi sopravverranno; salvo a lui il ricorso, se vi ha luogo, contra gli autori delle medesime. Art. 1336 e 1337.

54. Qualunque alterazione o falsità negli atti dello stato civile, qualunque inscrizione di questi atti fatta sopra un foglio volante, ed in altro modo che su i registri a ciò destinati, darà luogo all'azione de'danni ed interessi delle parti; restando però in vigore le pene stabilite dalle leggi del regno. Art. 287 a 292 leg. pen.

55. Il procuratore regio presso il tribunale civile sarà tenuto di verificare (5) lo stato de'registri al tempo del loro deposito presso la cancelleria; formerà un processo verbale sommario della seguita verificazione; denunzierà le contravvenzioni o i delitti commessi dagli ufiziali dello stato civile; e farà le istanze per la loro condanna alle multe.

56. In tutti i casi in cui un tribunale civile pronunzierà intorno agli atti relativi allo stato civile, le parti interessate potranno produrne l'appello. Art. 104.

---

che questa omissione non porterebbe la nullità dell'atto, e che d'altronde sarebbe impossibile di riportar sempre l'atto alla sua data sotto i registri, fu ritirata la proposizione. Locré 2, p. 38, n. 25.

(1) Gli agenti diplomatici sono considerati adunque come uffiziali dello stato civile. Motivi in Locré 2, p. 68, n. 8.

(2) La distinzione che la legge stabilisce tra le contravvenzioni che sono figlie dell'errore ed omissione, e quelle che derivano da delitto, è fondata sulla giustizia. Il solo falso opera la nullità degli atti, e non gli errori ed omissioni. Motivi in Locré 2, p. 78, n. 27, e p. 97, n. 16.

(3) *Tribunale civile*: questa proposizione è stata aggiunta sulla domanda del tribunato, affinchè l'uffiziale dello stato civile non fosse giudicato correzionalmente. Locré 2, p. 86, n. 5.

(4) La disposizione di questo articolo si estende agli uffiziali del pubblico ministero a ragione delle funzioni che l'articolo 51 loro conferisce. Processo verbale del Consiglio di Stato in Locré 2, p. 91, n. 5.

(5) *Verificare*. La verificazione non autorizza la rettificazione di officio, poichè sarebbe un grave danno anche sotto il pretesto di regolarizzare, il portare la mano su'registri. I Tribunali non possono prendere alcuna determinazione, che nel caso di domanda di rettificazione a'termini degli art. 104, e seguenti. Vedi la nota 2, pag. 27.

CAPITOLO II.

Degli atti di nascita (1).

Art. 97. 57. Le dichiarazioni di nascita dovranno farsi ne'tre giorni (2) consecutivi al parto all'uffiziale dello stato civile del luogo, cui dovrà presentarsi il fanciullo o la fanciulla (3).

Art 347, leg. pp. 58. La nascita del fanciullo sarà dichiarata dal padre, ed in mancanza di questo, da' dottori di medicina o di chirurgia, dalle levatrici, dagli uffiziali di sanità, o da altre persone che abbiano assistito al parto; e qualora la madre avesse partorito fuori del suo domicilio; dalla persona presso di cui si sarà sgravata.

L'atto di nascita sarà senza dilazione steso alla presenza di due testimonj.

59. S'indicheranno nell'atto di nascita il giorno, l'ora (4) ed il luogo della nascita; il sesso del fanciullo, ed i nomi che gli saranno stati dati; i nomi, i cognomi, la professione ed il domicilio del padre e della madre, e quelli de' testimonj.

Art. 257, 258, 259, 262 a 265. 60. Nel dichiararsi la nascita del fanciullo, il padre naturale può esprimere il suo nome, tacendo quello della madre, quando la medesima non vi acconsenta (5).

Art. 406, ll. pp. 61. Chiunque trovasse un fanciullo recentemente nato, sarà tenuto a farne la consegna all'ufiziale dello stato civile, colle vesti e cogli altri effetti ritrovati presso il fanciullo; ed a dichiarare tutte le circostanze del tempo e del luogo in cui sarà stato ritrovato.

Se ne stenderà un circostanziato processo verbale, che enuncierà in oltre l'età apparente del fanciullo; il sesso; il nome che gli sarà dato dall'uffiziale dello stato civile; l'autorità civile cui sarà consegnato; se abbia marche apparenti; la qualità delle vesti, e qualunque altro segno abbia indosso. Questo processo verbale sarà inscritto ne'registri (6).

---

(1) Vedi il decreto de'28 giugno 1815, che obbliga gli uffiziali dello stato civile di trasmettere fra 24 ore a' parrochi rispettivi il notamento di ciascun atto di nascita accompagnato dalle notizie opportune. Vedi ancora il decreto de'4 febbrajo 1828, il quale prescrive i doveri degli uffiziali dello stato civile e de' parrochi nella formazione degli atti di nascita.

(2) Le dichiarazioni tardive non cessano di avere la loro forza. Locré 2, p. 38, n. 32.

(3) L'uffiziale dello stato civile è autorizzato in caso di necessità a portarsi presso il fanciullo, e deve convincersi co' proprii occhi della costui esistenza. In caso di morte del fanciullo si supplirà a questa formalità, stendendosene processo verbale, nel quale sarà inserita la dichiarazione di nascita. Locré ibid.

(4) È necessaria l'indicazione dell'ora per distinguere l'età di due gemelli. Locré 2, p. 39, n. 36.

(5) Questo articolo non à il corrispondente nel codice francese. È stato redatto ad oggetto di allontanare la difficoltà se, non essendo vietate le indagini sulla maternità dall'art. 264, fosse permesso al padre naturale di far notare nell'atto di nascita il nome della madre naturale senza il di lei consenso. Deve del pari decidersi che quando la madre naturale dichiara la nascita del fanciullo, non è permesso di esprimere nell'atto il nome del padre, che quando questi lo vuole, perciocchè essendo le ricerche della paternità vietate, art. 263, il riconoscimento del figlio naturale deve aver luogo per effetto della volontà del padre.

(6) Le formalità da questo articolo prescritte ànno per oggetto di contestare l'identità dell'individuo, e facilitarne le ricerche alla famiglia cui si potesse appartenere. Deve però farsi attenzione dall'uffiziale dello stato civile di evitare nella redazione ciò che potrebbe far credere, che la ricerca della paternità fosse permessa alla pubblica autorità. Locré 2, p. 40, n. 43, p. 68, n. 7, p. 81, n. 23, p. 86, n. 8, p. 108, n. 16.

62. Nel caso che un fanciullo fosse portato nelle ruote dell'ospedale de' projetti, coloro che hanno la direzione di tali stabilimenti saranno tenuti di darne l'avviso tra le ventiquattro ore all'uffiziale dello stato civile; e terranno un registro de' fanciulli che vi pervengono, colle necessarie indicazioni espresse nell'articolo precedente. L'ufiziale dello stato civile inscriverà nel registro il tenore del rapporto, indicando la data del giorno in cui gli è pervenuto. Il rapporto cifrato dall'ufiziale dello stato civile sarà depositato presso la cancelleria del tribunale civile, come è disposto nell'articolo 45 (1).

63. Nascendo un fanciullo in tempo di viaggio per mare, l'atto di nascita sarà formato entro le ventiquattro ore in presenza del padre, qualora ivi si trovi, e di due testimonj presi fra gli ufiziali del bastimento, o in mancanza di questi, tra le persone dell'equipaggio. Un tale atto sarà steso, su' bastimenti del Re, dall'ufiziale dell'amministrazione della marina; e su' bastimenti appartenenti ad un armatore o negoziante, dal capitano, proprietario o padrone della nave. L'atto di nascita sarà inscritto appiè del ruolo dell'equipaggio.

64. Nel primo porto ove approderà il bastimento, tanto per prender fondo, quanto per qualunque altra causa, fuorchè quella del suo disarmamento, gli ufiziali dall'amministrazione della marina, capitano, proprietario, o padrone, saranno tenuti a depositare due copie autentiche degli atti di nascita che avranno formati, in un porto del regno, presso la deputazione della salute del porto medesimo, ed in un porto straniero, nelle mani del console. L'una di queste copie resterà in deposito presso l'ufizio della deputazione della salute, o nella cancelleria del consolato: l'altra si trasmetterà al Ministro di Stato, da cui quelle autorità dipendono; il quale farà pervenire una copia da lui certificata di ciascuno di detti atti all'ufiziale dello stato civile del domicilio del padre del fanciullo, o della madre, se il padre non è conosciuto. Questa copia sarà tosto inscritta ne' registri in continuazione e secondo l'ordine de' fogli; facendone però una semplice indicazione nel foglio corrispondente all'epoca della nascita.

65 All'arrivo del bastimento in un porto di disarmamento, il ruolo dell'equipaggio sarà depositato presso la deputazione della salute, che trasmetterà una copia dell'atto di nascita da essa sottoscritta al Ministro di Stato, da cui dipende; il quale farà pervenirla all'ufiziale dello stato civile del domicilio del padre, o, essendo questi ignoto, a quello della madre del fanciullo. Questa copia sarà immantinente inscritta ne registri.

66. L'atto di ricognizione di un fanciullo sarà inscritto sotto la sua data ne'registri, e se ne farà menzione in margine dell'atto di nascita, qualora esista. Art. 357.

CAPITOLO III.

Degli atti di matrimonio.

67. Il matrimonio nel regno delle Due Sicilie non si può legittimamente celebrare, che in faccia della Chiesa, secondo le forme prescritte dal Concilio di Trento (2). Gli atti dello stato civile sono essenzialmente necessarj, e pre- Art. 151 e 189.

---

(1) Questo art. è stato aggiunto nelle nostre leggi civili.

(2) Appena restituita la legittima dinastia ne' dominii al di qua del faro fu decretato, che la celebrazione de' matrimonii dovesse aver luogo colle forme prescritte dal Concilio di Trento: decreto de' 16 giugno 1815. La presenza del parroco o di altro sacerdote da lui desti-

ceder debbono la celebrazione del matrimonio, perchè il matrimonio produca gli effetti civili, tanto riguardo a'conjugi, che a'di loro figli.

Gli atti dello stato civile detti di sopra sono indicati ne'seguenti articoli.

68. Prima della celebrazione del matrimonio, a richiesta delle parti contraenti, sarà affisso sulla porta della casa del comune una notificazione in cui saranno indicati i nomi, i cognomi, i domicilj e le professioni de'futuri sposi; la loro qualità di maggiori o minori; ed i nomi, i cognomi, le professioni ed i domicilj de'loro genitori. Questo foglio vi rimarrà affisso pel corso di quindici giorni, in modo che il giorno dell'affissione sia di domenica (1), così ricadendo l'ultimo giorno del termine parimente in domenica. Spirato detto termine, l'ufiziale dello stato civile farà un atto in cui sarà inserita la notificazione anzidetta da parola a parola; e vi attesterà essere stata fatta l'affissione in tal giorno e mese, e che sieno scorsi i giorni prescritti dalla legge. Questo atto sarà inscritto in un registro tenuto colle prescrizioni dell'articolo 43. Non celebrandosi il matrimonio fra l'anno da computarsi dalla scadenza del termine dell'affissione, dovrà la notificazione rinnovarsi (2) nel modo e forma di sopra stabilita.

Art. 176, 178 e 179.

69. Gli atti di opposizione al matrimonio saranno sottoscritti sull'originale e sulla copia dagli opponenti, o da persone munite di loro procura speciale ed autentica. Essi dovranno essere intimati colla copia della procura alla persona o al domicilio delle parti, ed all'ufiziale dello stato civile, il quale apporrà il *visto* sull'originale (3). Indi l'ufiziale dello stato civile farà senza ritardo una sommaria menzione delle opposizioni (4) sul registro delle notificazioni; ed in margine della inscrizione di dette opposizioni farà altresì menzione de'giudicati o degli atti della inibizione tolta, copia de'quali gli sarà stata rimessa.

Art. 185, 186 e 187.

70. Nel caso di opposizione l'ufiziale dello stato civile non potrà passar oltre, se non gli sia presentato l'atto della tolta opposizione (5), sotto pena di ducati sessanta d'ammenda, e di tutti i danni ed interessi.

Han dritto a fare opposizione le persone indicate negli art. 181, 182 e 183.

71. Non essendovi opposizione, ne sarà fatta menzione nel registro delle notificazioni; e se le notificazioni sono state fatte in più comuni, le parti produrranno un certificato dell'ufiziale dello stato civile di ciascun comune, onde consti che non esiste opposizione alcuna: e di detti certificati sarà fatta memoria nel registro anzidetto.

Art. 76, e 177.

Art. 152.

72. L'uffiziale dello stato civile si farà dare l'atto di nascita di ciascuno de'

nato, e l'intervento di due o tre testimoni costituiscono queste forme: Conc. Trident. de reformat. Sess. 24. Junge la nota 4, pag. 24.

(1) Le notificazioni non producono realmente la pubblicità, che quando sono fatte ne' giorni in cui i cittadini sono riuniti; ed è per questo motivo che si è indicata la domenica. Locré 2, p. 42, e 43, n. 4 a 6, e p. 69, n. 15.

(2) Per la ragione che nel corso dell'anno potrebbero sorgere nuove cause di opposizioni, le quali si trascurerebbero, se si credesse il matrimonio abbandonato. Locré 2, p. 43 e 44, n. 10, e 12.

(3) Queste formalità sono delle utili precauzioni per prevenire gli abusi. Discorso di Chabot in Locré 2, p. 108, n. 19.

(4) Fu rigettata nel Consiglio di Stato la proposizione di esigere che i motivi delle opposizioni fossero espresse nell'atto, per la ragione che l'uffiziale dello stato civile non è il giudice competente a conoscere della validità delle opposizioni; e che d'altronde sarebbe dannosa l'enunciazione de'motivi, poichè obbligherebbe delle volte ad enunciare in un atto permanente delle cause diffamatorie, mentre che sovente l'oggetto delle opposizioni è di ottener tempo per ricondurre i giovani traviati al dovere ed alla ragione. Locré 2, p. 44, n. 11—Ben vero questo principio, allorchè si discusse il titolo del *matrimonio* fu limitato alle opposizioni prodotte dagli ascendenti; così che a'collaterali fu imposto l'obbligo di motivare le opposizioni: art. 185.

(5) Volontaria, o giudiziaria. Locré 2, p. 45, n. 16.

futuri sposi. Quello sposo che si troverà nella impossibilità di procurarselo, potrà supplirvi con presentare un atto di notorietà dato dal giudice del circondario della sua nascita, o di quello del suo domicilio (1).

73. L'atto di notorietà conterrà la dichiarazione di sette testimonj dell'uno o dell'altro sesso, sieno o no parenti, de'nomi, de'cognomi, della professione e del domicilio del futuro sposo, e di quelli de' genitori, se sono conosciuti; del luogo, e, per quanto sarà possibile, dell'epoca della sua nascita; e delle cause per le quali non può produrne l'atto. I testimonj sottoscriveranno l'atto di notorietà, unitamente al giudice del circondario; e nel caso che non potessero o non sapessero scrivere, se ne farà menzione.

74. L'atto di notorietà sarà presentato al tribunale civile della provincia o valle del comune dove si dee celebrare il matrimonio. Il tribunale, dopo aver sentito il procurator regio, darà o ricuserà la sua omologazione, a misura che troverà sufficienti le dichiarazioni de'testimonj, e le cause per le quali non si possa produrre l'atto di nascita. La sentenza del tribunale è appellabile, art. 56.

75. Richiederà ancora l'atto autentico del consenso de'padri, delle madri, dell'avo paterno, o in mancanza loro, di quello della famiglia (2). Questo atto conterrà i nomi, i cognomi, le professioni, i domicilj del futuro sposo, e di tutti coloro che saranno concorsi all'atto; come anche il loro grado di parentela. Art. 163, 164, 165, 172 e 174.

76. Gli atti anzidetti saran fatti e presentati all'uffiziale dello stato civile del comune ove la futura sposa avrà il domicilio (3). Questo domicilio, per ciò che riguarda gli atti dello stato civile, si avrà per istabilito con tre mesi di abitazione continua nel comune. Art. 177.

77. Nel giorno indicato dalle parti, che non potrà esser fissato prima del quarto giorno dopo il termine delle notificazioni, l'ufiziale dello stato civile nella casa del comune (4), ed in presenza di quattro testimonj, sieno o no parenti (5), farà lettura alle parti de'documenti soprammentovati relativi al loro stato, egualmente che del capitolo VI del titolo *del matrimonio* intorno a'diritti ed obblighi rispettivi degli sposi. Riceverà da ciascuna delle parti, una dopo l'altra, la dichiarazione che elleno solennemente promettono di celebrare il matrimonio avanti la Chiesa, secondo le forme prescritte dal sacro Concilio di Trento; e ne stenderà immediatamente l'atto. Art. 40. Art. 201 a 215.

78. Non adempiendosi dalle parti alla celebrazione del matrimonio, non vi sarà civilmente altra azione che pe'danni, a'termini dell'articolo 148.

79. L'atto di solenne promessa enunciato nell'articolo 77 conterrà

1.° i nomi, i cognomi, le professioni, l'età, il luogo di nascita ed il domicilio di ciascuno degli sposi; Art. 72, 73, 74, 76, 152 e 177.

---

(1) *Allorchè il luogo della sua nascita non sarà conosciuto*, aggiungeva il progetto del codice. Queste parole furono soppresse sulla osservazione, che sarebbe troppo rigoroso costringere un cittadino a portarsi sul luogo della sua nascita, quando il possesso del suo stato è a sufficienza conosciuto nel luogo del suo domicilio. Locré 2, p. 45, n. 19.

(2) L'atto del consenso non è necessario di presentarsi, quando i contraenti intervengono nell'atto di promessa del matrimonio avanti la Chiesa: circ. de'27 maggio 1820.

(3) Ma la solenne promessa potrà essere ricevuta indistintamente dall'uffiziale dello stato civile di una delle parti contraenti; art. 175.

(4) Se la solenne promessa non viene ricevuta nella casa comunale, non potrebbe perciò dirsi nulla quando è stata ricevuta dall'uffiziale dello stato civile competente in presenza di quattro testimoni. Questa quistione per altro è molto controvertita in Francia, e che che ne sia delle argomentazioni esposte dagli scrittori di contraria opinione, presso di noi è da osservarsi, che se il matrimonio si contrae in faccia alla Chiesa, la quale non prescrive il luogo in cui debbe somministrarsi il sacramento, come è presumibile che il legislatore abbia inteso di dichiarare privo degli effetti civili il matrimonio, solo perchè l'atto della solenne promessa non si è ricevuto nella casa comunale? Vedi la nota 2, pag. 16.

(5) Vedi l'art. 39.

Art. 311 e 411.

2.° se sono maggiori o minori;

3.° i nomi, i cognomi, le professioni ed i domicilj de'padri e delle madri

Art. 163, 164, 165, 172 a 174.

4.° il consenso de'padri e delle madri, dell'avo paterno, e quello della famiglia, ne' casi ove sono richiesti (1);

Art. 166.

5.° gli atti rispettosi, ove se ne sieno fatti;

Art. 68, 176.

6.° le notificazioni a'diversi domicilj;

Art. 69, 70, 71, 181 a 187.

7.° le opposizioni, se ve ne sono state; la loro cessazione; ovvero la menzione, che non vi è stata opposizione;

Art. 67, 151.

8.° la solenne promessa de'futuri sposi di celebrare il matrimonio in faccia della Chiesa, secondo le forme prescritte dal Concilio di Trento;

Art. 39 e 77.

9.° i nomi, i cognomi, l'età, la professione ed i domicilj de'testimonj che sono intervenuti alla promessa (2).

Di questo atto l'uffiziale dello stato civile ne darà copia a'futuri sposi in doppia spedizione (3), per esser presentata al parroco cui la celebrazione del matrimonio si appartiene.

80. Il parroco in seguito della esibizione della copia dell'atto anzidetto, ed adempiute le canoniche prescrizioni (4), procederà alla celebrazione del matrimouio. Delle due spedizioni ne riterrà una per se; e farà fede in piede dell'altra della seguita celebrazione del matrimonio, indicando il giorno, il mese e l'anno, ed il nome de' testimonj,

Rinvierà all' uffiziale dello stato civile questa spedizione, e ne domanderà riscontro.

L'uffiziale dello stato civile ne farà subito notamento nel suo registro in margine dell'atto: e quindi il matrimonio sarà tenuto per legge solennemente celebrato.

Art. 245, ll. pp. Eccezione se il matrimonio è contratto colla bolla *Satis vobis*: resc. de' 10 mag. 1823.

81. Il parroco dovrà ricusarsi a celebrare il matrimonio senza l'esibizione della copia dell'atto della solenne promessa fatta innanzi all'uffiziale dello stato civile, avvertendo i futuri conjugi, chesenza questa promessa il matrimonio non produrrebbe gli effetti civili.

---

(1) O l'atto Sovrano nel caso si fosse supplito al consenso richiesto pel matrimonio de'figli di famiglia, art. 165.

(2) L'atto di solenne promessa deve contenere altresì il nome, il cognome, il domicilio l'età, la professione del procuratore speciale di uno de'contraenti, intervenuto alla promessa: art. 4 del decreto de'15 giugno 1829.

(3) Gratis ed esente dalla formalità del registro e bollo. Tutti gli atti preparatorii al matrimonio, come ancora le procedure giudiziarie che possono occorrere per ottenere un atto necessario alla celebrazione del matrimonio, vanno esenti da tali formalità: decreti de' 2 e 22 dicembre 1814, e del 5 luglio 1815: rescritti degli 11 febbrajo 1818 e 15 febbrajo 1819: circolare del Ministro di Giustizia de'22 maggio 1819.

(4) Varie sono le canoniche prescrizioni, delle quali le più essenziali: 1. Le pubblicazioni in tre giorni festivi già ordinate da Innocenzo III. nel Concilio Lateranense, e rinnovate da quello di Trento; 2. L'atto di nascita in cui sia riunito quello del battesimo, non potendosi conferire il sacramento del matrimonio se non a' battezzati; 3. L'esame degl' impedimenti secondo le regole della chiesa; 4. Il consenso de'genitori; 5. La licenza della curia del rispettivo vescovo, solo per accertarsi se alcuno degli sposi fosse o no ligato in altro impedimento. Sess. 24 de reformat. matrim. cap. 7, e seg.

CAPITOLO IV.

Degli atti di morte.

82. Non si darà sepoltura, se non previa autorizzazione dell'uffiziale dello stato civile, da darsi su carta semplice e senza spese. L'uffiziale dello stato civile non potrà accordarla, se non dopo che si sarà trasferito presso il defunto per assicurarsi della morte, e dopo lo spazio di ore ventiquattro dalla morte medesima; a riserva de'casi contemplati da'regolamenti di polizia.

83. Si stenderà l'atto di morte dall'ufiziale dello stato civile sulla dichiarazione di due testimonj. Questi testimonj, se è possibile, saranno due più prossimi parenti, o vicini, o, quando la morte di qualche persona accada fuori del di lei domicilio, quelli nella di cui casa sarà essa defunta, ed un parente o altro testimonio. Art. 39.

84. L'atto di morte conterrà il nome, il cognome, l'età, la professione ed il domicilio del defunto; il nome e cognome del conjuge, se la persona defunta era congiunta in matrimonio o vedova; i nomi, i cognomi, l'età, le professioni ed i domicilj de'dichiaranti; ed il grado di loro parentela, se sono parenti. Lo stesso atto conterrà in oltre, per quanto si potranno sapere, i nomi, i cognomi, la professione ed il domicilio del padre e della madre del defunto, ed il luogo della sua nascita. Art. 41.

85. In caso di morte negli ospedali militari, civili, o in altre case pubbliche, i superiori, direttori, amministratori o soprantendenti di queste saranno tenuti di darne l'avviso entro ore ventiquattro all'uffiziale dello stato civile, il quale vi si trasferirà per assicurarsi della morte, e ne stenderà l'atto, in seguito delle dichiarazioni che gli saranno state fatte, e delle informazioni che avrà prese, in conformità del precedente articolo.

Negli spedali e nelle suddette case si terranno registri destinati ad inscrivere queste dichiarazioni ed informazioni.

L'ufiziale dello stato civile trasmetterà l'atto di morte all'ufiziale dell'ultimo domicilio della persona defunta, il quale lo inscriverà ne'registri.

86. Risultando segni o indizj di morte violenta (1), o essendovi luogo a sospettarla per altre circostanze, non si potrà seppellire il cadavere, se non dopo che l'ufiziale di polizia assistito da un medico o chirurgo abbia steso il processo verbale sullo stato del cadavere e delle circostanze relative; come anche delle notizie che avrà potuto ricavare sul nome, sul cognome, sulla età, sulla professione, sul luogo di nascita e sul domicilio del defunto.

87. L'ufiziale di polizia dovrà immantinente trasmettere all'ufiziale dello stato civile del luogo ove sarà morta la persona, tutte le notizie enunciate nel suo processo verbale, in vista delle quali si stenderà l'atto di morte.

L'ufiziale dello stato civile ne trasmetterà una copia a quello del domicilio della persona defunta, se è noto: questa copia sarà inscritta ne'registri.

88. I cancellieri criminali saranno tenuti fra ventiquattr'ore dalla esecuzione di una sentenza di morte a trasmettere all'ufiziale dello stato civile del luogo ove il condannato avrà sofferta l'esecuzione, tutte le notizie enunciate nell'articolo 84, in vista delle quali si stenderà l'atto di morte.

---

(1) Il duello ed il suicidio sono compresi nella denominazione di morte violenta. Locré 2, p. 71, n. 20.

89. Morendo alcuno nelle prigioni, ovvero nelle case di arresto o di detenzione, ne sarà dato immediatamente avviso da'carcerieri o custodi allo ufiziale dello stato civile, il quale ivi si trasferirà, come è detto nell'articolo 85, e stenderà l'atto di morte.

90. In qualunque caso di morte violenta, o di morte accaduta nelle prigioni e case di arresto, o di esecuzione delle sentenze di morte, non si farà ne' registri veruna menzione di tali circostanze: e gli atti di morte saranno semplicemente stesi nella forma prescritta dall'articolo 84.

91. Succedendo la morte in un viaggio di mare, se ne formerà l'atto entro ventiquattr'ore alla presenza di due testimonj presi fra gli ufiziali del bastimento, o in loro mancanza fra gli uomini dell'equipaggio. Questo atto sarà steso, sopra un bastimento del Re, dall'ufiziale di amministrazione della marina; e sopra un bastimento appartenente ad un negoziante o ad un armatore, dal capitano, proprietario o padrone del naviglio. L'atto di morte sarà inscritto appiè del ruolo dell'equipaggio.

92. Al primo porto a cui approderà il bastimento, sia per pigliar fondo, sia per qualunque altra causa, fuorchè quella del suo disarmamento, gli ufiziali di amministrazione della marina, capitano, proprietario o padrone, i quali avranno formato atti di morte, saranno tenuti a depositarne due copie presso le autorità indicate nell'articolo 64, le quali eseguiranno ciò che quivi è prescritto.

Nell'arrivo del bastimento nel porto di disarmamento, il ruolo di equipaggio si depositerà allo ufizio della deputazione della salute. Questa ne trasmetterà al Ministro di Stato, da cui dipende, una copia autentica, per praticarsi ciò che per gli atti di nascita è disposto nell'articolo 65.

CAPITOLO V.

Degli atti dello stato civile, riguardo a'militari fuori del territorio del regno.

93. Gli atti dello stato civile fuori del territorio del regno, risguardanti militari o altre persone impiegate al seguito delle armate, saranno stesi nelle forme prescritte dalle precedenti disposizioni; salve le modificazioni contenute ne'seguenti articoli.

94. Il quartiermastro in ciascun corpo di uno o più battaglioni o squadroni, ed il capitan comandante negli altri corpi, faranno le funzioni di uffiziale dello stato civile: queste stesse funzioni si eseguiranno riguardo agli uffiziali senza truppa ed agl'impiegati dell'armata, dal commessario di guerra addetto all'armata o al corpo di armata.

95. Si terrà in ciascun corpo dell'armata un registro per gli atti dello stato civile relativi agl'individui del corpo, ed un altro nello stato maggiore dell'armata o di un corpo di armata, per gli atti civili relativi agli uffiziali senza truppe ed agl'impiegati. Questi registri saranno conservati nello stesso modo che gli altri registri de'corpi e stati maggiori, e saranno depositati negli archivj della guerra al ritorno de'corpi o delle armate nel territorio del regno.

96. I registri saranno numerati e cifrati, presso ciascun corpo, dall'uffiziale che lo comanda, e presso lo stato maggiore, dal capo dello stato maggiore generale.

Art. 57 e 58. 97. Le dichiarazioni di nascita all'armata saranno fatte ne'dieci giorni successivi al parto.

98. L'uffiziale incaricato del registro dello stato civile dovrà, entro dieci giorni dopo la inscrizione di un atto di nascita, trasmetterne un estratto all'uffiziale dello stato civile dell'ultimo domicilio del padre del fanciullo, o della madre, se il padre non è conosciuto.

99. Pe'matrimonj de'militari e degl'impiegati al seguito dell'armata, sarà eseguito l'articolo 68 nel luogo del loro ultimo domicilio; ed in oltre ne sarà fatta menzione nell'ordine del giorno del corpo, se si tratti d'individui addetti ad un corpo, e nell'ordine del giorno dell'armata, se si tratti di uffiziali senza truppe, o d'impiegati che ne fanno parte.

100. Immediatamente dopo che sarà celebrato il matrimonio innanzi la Chiesa, e ne sarà fatto notamento nel registro, l'uffiziale incaricato ne spedirà copia all'ufiziale dello stato civile dell'ultimo domicilio degli sposi.

101. Gli atti di morte saranno stesi presso di ciaschedun corpo dal commessario ordinatore, e, per riguardo agli uffiziali senza truppa ed agl'impiegati, dal commessario di guerra dell'armata, sulla deposizione di tre testimonj; e l'estratto di questi registri sarà trasmesso entro dieci giorni all'ufiziale dello stato civile dell'ultimo domicilio del defunto.

102. In caso di morte negli spedali militari ambulanti o sedentarj, l'atto sarà steso dal direttore de'detti spedali, e trasmesso al commessario ordinatore del corpo, o commessario di guerra dell'armata o corpo di armata, di cui il defunto era parte. Questi ufiziali ne trasmetteranno una copia all'ufiziale dello stato civile dell'ultimo domicilio del defunto.

103. L'ufiziale dello stato civile del domicilio delle parti, al quale sarà stata spedita dall'armata copia di un atto dello stato civile, sarà tenuto ad inscriverla immediatamente ne'registri.

CAPITOLO VI.

Della rettificazione degli atti dello stato civile (1).

104. Domandandosi (2) la rettificazione di un atto dello stato civile, non si provvederà che dal tribunale competente, previe le conclusioni del procuratore regio, e salva l'appellazione. Le parti interessate saranno chiamate, se vi sarà luogo (3). Art. 933, 934 e 935, proc. civ.

(1) Con decreto de'4 gennajo 1811 si determinò il sistema di rettifica pel caso di errore ne'cognomi negli atti di nascita di coloro che debbono contrarre matrimonio, e pel caso di omissione negli atti di morte di uno de' nomi degli ascendenti, il cui consenso è richiesto per la celebrazione del matrimonio.

(2) La rettificazione non può aver luogo che dietro domanda delle parti, art. 51. Gli autori del progetto del codice aveano adottato due sorte di rettificazioni, l'una di officio del Tribunale dietro requisitoria del procuratore regio, e l'altra contenziosa sulla domanda delle parti interessate. Il Consiglio però credette di non doversi adottare la rettificazione di officio, perchè avrebbe dato luogo a gravi inconvenienti. I registri sono depositi sacri, e niun'autorità à il dritto di rettificare o modificare gli atti che vi sono inscritti. Gli errori, le omissioni, e tutt'i vizii che possono incontrarsi in questi atti aprono de' dritti a' terzi, e per conseguente non possono le rettificazioni ordinarsi che sulla domanda delle parti, e contradittoriamente con tutti gl'interessati. In una parola la rettificazione di officio sarebbe assolutamente inutile, poichè non potrebbe giammai essere opposta a coloro che non vi ànno acconsentito, o che non vi sono stati chiamati. Locré 2, p. 50, n. 39, e p. 57, n. 1. Vedi i discorsi di Thibaudeau e di Chabot, non che il rapporto fatto al Tribunato da Duchesne in Locré 2, p. 71 e 72, n. 24, p. 83, n. 35, e pag. 110, n. 28.

(3) Possono esservi de'casi, osservò la sezione del Tribunato di Francia, in cui non è necessario che le parti interessate sieno citate; ciò che dev'essere rinviato all'arbitrio del giudice, secondo le circostanze. Se vi sarà un giudicato, può essere contumaciale, e diventa esecutorio dopo spirato il termine delle opposizioni. Locré 2, p. 88, n. 18.

Art. 1305. 105. La sentenza di rettificazione non potrà mai essere opposta alle parti interessate le quali non l'avessero domandata, o che non fossero state citate.

Art. 51. 106. Le sentenze di rettificazione saranno inscritte ne'regisiri dall'ufiziale dello stato civile subito che gli saranno state rimesse; e ne sarà fatta annotazione nel margine dell'atto riformato.

TITOLO III.

DEL DOMICILIO (1).

Pel domicilio in quanto al matrimonio, v. gli art. 76 e 177.

107. Il domicilio di qualunque nazionale, per quanto riguarda l'esercizio de'suoi diritti civili, è il luogo ov'egli ha il principale stabilimento (2).

108. Il cangiamento di domicilio (3) seguirà colla traslazione effettiva (4) dell'abitazione in un altro luogo, unita alla intenzione (5) di fissarvi il proprio principale stabilimento.

109. La pruova della intenzione risulterà da una espressa dichiarazione fatta così alla muncipalità del luogo che si abbandonerà, come a quella del luogo dove si sarà trasferito il domicilio.

Art. 1307. 110. In mancanza di dichiarazione espressa, la pruova della intenzione dipenderà dalle circostanze (6).

111. Il cittadino chiamato a pubblico impiego temporaneo o rivocabile con-

---

(1) *Come* i dritti civili si esercitano nel domicilio, le disposizioni relative al domicilio trovano il loro posto naturale nel libro dello *stato delle persone*. Rapporto di Mouricault in Locré 2, p. 183, n. 3.

Gli oggetti principali per cui importa di conoscere il domicilio di taluno sono per determinare : 1.° i giudici naturali della persona: 2.° il luogo dell'apertura delle successioni : 3.° quello in cui si dee celebrare il matrimonio. Toullier t. 1, n. 366.

(2) Il principale stabilimento è il carattere unico e decisivo del domicilio, e s'intende per principale stabilimento il luogo in cui una persona godente de'dritti civili à stabilito la sua dimora, il centro de'suoi affari, la sede della sua fortuna, il luogo da cui questa persona non si allontana che col desiderio ed animo di ritornarvi, dacchè la causa dell'allontanamento sarà cessata; l. 7, Cod., *de incolis*. È questa la regola *per quanto riguarda l'esercizio de' dritti civili*, poichè per l'esercizio de'dritti *politici*, il domicilio *politico* è indipendente dal domicilio civile, in guisa che si può conservare il domicilio politico in un luogo diverso dal domicilio civile. Processo verbale e motivi in Locré 2, p. 168, n. 4, p. 182, n. 2, p. 175, n. 3.

Per dritto romano taluno potev'avere due domicilî, giusta la legge *Labeo* 5 e l. 6, §. 2 ff. *ad municipal, et de incolis*; ma oggi si conviene che l'uomo non può avere che un solo domicilio reale, poichè non può nello stesso tempo stabilire in due luoghi la sede principale de'suoi beni e de'suoi affari. Gli altri luoghi che un individuo può abitare, oltre quello del suo domicilio, non sono che semplici residenze. Locré n, p. 167, n. 3. Toullier *t.* 1, n. 367.

(3) Ogni individuo *sui juris*, non escluso il minor emancipato, à facoltà di cangiare il suo domicilio. Mouricault in Locré 2, p. 184, n. 5.

(4) *Traslazione effettiva*. L'intenzione basta per conservare il domicilio, ma non basta per cangiarlo : vi bisogna inoltre il fatto della *traslazione* onde il terzo sia avvertito con qualche cosa di sensibile, del cangiamento. Così il trasporto di alcuni mobili nel luogo della novella residenza potrebb'essere considerato come una traslazione *effettiva*. Nel Consiglio di stato fu rigettata la proposizione di adottare che la traslazione effettiva non opererebbe il cangiamento di domicilio, che dopo un termine. Locré 2, p. 170, n. 13, p. 172, n. 20 e 22, p. 175 e 176, n. 9.

(5) *Unita all'intenzione*. Il fatto senza l'intenzione, e l'intenzione senza il fatto non operano il cangiamento di domicilio: bisogna riunire tutti e due. Locré 2, p. 175, n. 9.

(6) L'impossibilità di trovare una regola unica per supplire al difetto di dichiarazione, obbliga il legislatore di abbandonare questa quistione a'giudici, e di farla dipendere dalle circostanze. Locré 2, p. 168, n. 4, p. 184 e 185, n. 9 e 10.

serverà il primiero suo domicilio, quando non avrà manifestato una intenzione contraria (1).

112. L'accettazione d'impieghi conferiti a vita porterà l'immediata traslazione del domicilio dell'impiegato nel luogo in cui debbe esercitare l'impiego (2).

113. La donna maritata (3) non ha altro domicilio, che quello del marito (4). Il minore non emancipato (5) avrà il domicilio del padre, o della madre, o del tutore: il maggiore interdetto avrà il domicilio presso il curatore (6). V. l'art. 430.

114. I maggiori di età, che servono o lavorano abitualmente in casa altrui, avranno lo stesso domicilio delle persone a cui servono, o in casa delle quali lavorano, qualora abiteranno con esse nella stessa casa (7).

115. Il domicilio del defunto determina il luogo dove si apre la successione (8). Art. 741.

116. Quando in un atto le parti, o una di esse, avranno fatta per l'esecuzione dell'atto medesimo elezione di domicilio in un luogo diverso da quello del loro domicilio reale, le citazioni, le domande e i procedimenti relativi a questo atto si potranno (9) fare al domicilio convenuto, ed avanti il giudice del medesimo domicilio (10).

L'elezione di domicilio è comandata dalla legge ne' casi indicati dagli art 185, 2042, 2050 ll. cc.; 153, 649, 674, 722, 727, 755, 866, 873, 1004, p. c.; 31, leg. di esprop.; 49, p. p.; 628, 644 e 646, ll. di eccez.

---

(1) La volontà di abbandonare il primo domicilio non è presumibile ne' funzionari pubblici temporanei: finita la loro missione, non vi à ragione per prolungare il sacrifizio di tutte le abitudini della loro vita. Era giusto dunque dar loro la facoltà di conservarlo, senza che possa cangiarsi diversamente, che coll'espressione positiva della loro volontà. Discorsi di Emmery e di Malherbe in Locré 2, p. 181, n. 5, e p. 189, n. 8.

(2) E questo carattere essenziale del domicilio non può essere contraddetto da una dichiarazione di contraria volontà, poichè colui che accetta delle funzioni inamovibili contratta nell' istante medesimo l' obbligazione di consacrarvi la sua vita. Discorsi citati nella nota precedente.

Carica a vita s' intende quella che non sia nè temporanea nè rivocabile. Quindi i vescovi, i parrochi, i canonici ed ogni altro beneficato obbligato a residenza, ànno il loro domicilio rispettivamente nel luogo del loro beneficio, non ostante che abitassero altrove, perchè il loro ufizio è a vita (Repert. v. *domicile* §. 3, n. 4. Toullier t. 1, n. 375 nota.)—Le cariche di magistratura non sono a vita fino a che non porteranno il decreto di nomina a vita, art. 203, leg. org. giudiz. de' 29 maggio 1817—Il domicilio legale de' conservatori delle ipoteche nell' ufizio delle loro funzioni dura quanto la loro responsabilità, art. 82, leg. de' 21 giugno 1819.

(3) La vedova ritiene il domicilio del defunto marito, l. 22, §. 1, ff. *ad municip. et de incolis*; ma può cangiarlo a piacere, e s' intenderà cambiato tostocchè avrà manifestato l' intenzione di volerlo trasferire, andando a risedere in altro luogo.

(4) Tranne il caso se sia separata di persona, poichè allora acquista il dritto di scegliere un domicilio. Repert. v. *domicile*, §. 5, n. 3. Dalloz art. *domicile*, n. 9.

(5) Il minore emancipato à il domicilio a se. Vedi la nota terza, pagina 28.

(6) *Curatore*. Leggi *tutore*, poichè al maggiore interdetto si dà il tutore: art. 428. Il condannato avrà il domicilio presso il curatore che gli è nominato a' termini degli art. 16, e 17, leg. penali. Duranton t. 1, n. 372.

Il militare che non à dimora fissa è riputato di aver il suo domicilio al seguito del reggimento. Ma se è maritato, e sua moglie à una residenza fissa, questa residenza, nella quale si reputa avere il suo principale stabilimento, è di dritto il suo vero domicilio; *l. 23, ff. ad municipal*—Bourjon, l. 1, p. 90.

(7) La disposizione di questo articolo non è applicabile a' *minori di età* ed alle *donne maritate*, poichè i primi ànno sempre il loro domicilio presso il padre o tutore, e le seconde presso i mariti. Delvincourt lib. 1. tit. 4, nota 10. Duranton t. 1, n. 374.

(8) L. 19, princ., e 34, ff. *de judiciis*.

(9) *Si potranno*: queste parole sono marcabili, poichè conservano alla parte nel cui interesse l' altra à fatto un' elezione di domicilio, la facoltà di citarla avanti il giudice del domicilio reale. Ma se la stipulazione è stata fatta nell'interesse della parte che à eletto il domicilio, o nell'interesse reciproco de' contraenti, l'obbligazione di riconoscere il domicilio di convenzione è una legge per le parti. Duranton t. 1, n. 382: Delvincourt, l. 1, tit. 4, nota 20.

(10) Il domicilio eletto rimane irrevocabile per la morte di una o tutte due le parti contraenti. Per la morte poi della persona presso la quale il domicilio fu eletto, si sostiene di

TITOLO IV.

DEGLI ASSENTI (1).

—

CAPITOLO I.

Della presunzione dell'assenza (2).

Art. 120, 121, 122.

117. Si presume assente chiunque si allontani dal suo domicilio o dalla sua residenza, senza che abbia un legittimo procuratore, e senza che si abbiano di lui notizie (3).

118. Se sia necessario (4) di provvedere all'amministrazione di tutti o di

---

essere il domicilio anche irrevocabile, mentre fino a che la causa sussiste, nulla debbe cangiare l'effetto della convenzione. Delvincourt l. 1, tit. 4, nota 21: Toullier t. 1, n. 368: Proudhon t. 1, p. 120: Duranton t. 1, n. 381—*Contra* Merlin v. *domicile élu* §. 1, n. 8, e gli autori delle pandette francesi su questo titolo.

Il domicilio eletto per l'esecuzione di un contratto non l'è per l'esecuzione del giudicato renduto per l'esecuzione di questo contratto. Cass. di Parigi 29 agosto 1815, in Sirey t. 15, parte 1, p. 430: art. 2123, leg. civ.; 673, 755, proc. civ.; art. 1, leg. de' 29 dicembre 1828, sulla espropriazione forzata—*Contra* Delvincourt lib. 1, tit. 4, nota 21.

(1) *Assente* nel linguaggio legale è colui ch'è scomparso, o di cui non si ànno più notizie. La legislazione su questa materia era prima del codice civile insufficiente, o piuttosto era a crearsi, specialmente in un'epoca in cui le politiche vicissitudini rendevano frequente l'assenza. Il legislatore quindi volendo provvedere agli affari di coloro che, come gli assenti, non sono nello stato di vegliarvi, à dettato delle disposizioni che ad un tempo conciliano gl'interessi di colui ch'è scomparso, e quelli de' terzi. Sono bellissimi i discorsi all'uopo pronunziati da Bigot—Préameneau e da Huget, non che il rapporto di Leroy in Locré 2, p. 249 a 274.

(2) Era necessario distinguere l'assenza *presunta* dall'assenza *dichiarata*. L'assente presunto è quello di cui non si ànno notizie: l'assente riconosciuto per tale è quello di cui non si ànno notizie dopo il numero degli anni dall'art. 121 stabilito. Il primo dunque de' periodi dell'assenza è quello della *presunta* assenza.

(3) Questo art. è nuovo nelle nostre leggi, ed à riunito in una formola tutte le disposizioni di questo e del seguente capitolo, onde stabilire con precisione l'idea della *presunta* assenza, ch'è la seguente. Non si novera nella classe de' presunti assenti colui che allontanandosi à provveduto a'suoi affari, lasciando un procuratore, o pure colui che senza lasciare un procuratore si sia allontanato dal domicilio o dal luogo in cui si è aperta una successione; ma con la congiuntiva E esige l'articolo anche la condizione che sia scomparso, senza aversi di lui notizie: Locré 2, p. 220 e 21, n. 3, 4, e 5: Leroy ibid. p. 262, n. 3.

(4) La necessità *reale* di provvedere all'amministrazione totale o parziale de' beni è una condizione senza la quale il Tribunale non dee prendere alcuna deliberazione. Nel Consiglio di Stato di Francia si esposero molti esempi di questa necessità, vale a dire se sono per protestarsi delle lettere di cambio, se i debitori del presunto assente stanno per divenire insolvibili, se le mercanzie ed i beni mobili stanno per consumarsi; e se de' documenti appartenenti ad un terzo sono nell'abitazione dell'assente, la giustizia può ordinarne la ricerca e la restituzione con quelle utili precauzioni da non isvelare lo stato degli affari dell'assente. Locré 2, p. 222 e 223, n. 19, e 20.

parte de' beni lasciati da una persona presunta assente, vi sarà provveduto dal tribunale civile (1) a richiesta delle parti interessate (2). Art. 128.

119. Il tribunale, sulla istanza della parte che ha prevenuto, destinerà un notajo a rappresentare (3) i presunti assenti nella formazione degl'inventarj, de'conti, delle divisioni e liquidazioni in cui saranno interessati. Art. 757, 758 e 759. Art. 937, pr. civ.

120. Il ministero pubblico è specialmente incaricato di vegliare agl'interessi delle persone presunte assenti, e sarà sentito in tutte le dimande che le riguardano (4). Art. 177, n. 7, e 937, proc. civ.

CAPITOLO II.

Della dichiarazione di assenza (5).

121. Quando una persona (6) avrà cessato di comparire nel luogo del suo

---

(1) Del domicilio di colui ch'è scomparso, e secondo il giudizio di questo tribunale debbe provvedere ciascun tribunale all'amministrazione di que'beni siti nella propria giurisdizione. Locré 2, p. 233. n. 3, e p. 234, n. 4. Toullier t. 1, n. 390.—È da osservarsi che il tribunale non può dare all'assente presunto un curatore permanente, ma la nomina dev'essere di un curatore speciale è temporaneo, p. e., per intentare o per difendersi da un' azione, mentre la semplice prosunzione di assenza non deve operare il dispossessamento. Processi verbali e motivi in Locré 2, p. 216, n. 24, p. 222, n. 19 e 20, p. 253, n. 10, p. 262, n. 6 e 7, p. 268, n. 5 e 6.

La via del ricorso civile è aperta all'assente ch'è stato mal difeso dal suo curatore. Locré 2, p. 223, n. 20.

(2) *Parti interessate*. Le parti interessate nel senso di questo art. non sono gli eredi (Maleville e Carré comprendono gli eredi presuntivi sotto la denominazione di parti interessate); sono bensì i creditori, i socii, le terze persone che ànno un interesse nato ed attuale a promuovere la misura sulla quale vogliono far pronunziare. Processo verbale in Locré; Toullier t. 1, n. 394; Delvincourt lib. 1, tit. 5, nota 8; Merlin v. *absent*.

(3) *Un notajo a rappresentare*. Non bisogna confondere questo notajo con quello che potrebb'essere chiamato, giusta l'art. 1008 n. 3, proc. civ. per rappresentare in un inventario gl'interessati ad una successione, i quali dimorassero ad una certa distanza. Quest'ultimo non à altra missione che quella di assistere alla disuggellazione ed all'inventario, mentre il notajo chiamato a rappresentare il presunto assente è il costui difensore. Toullier t. 1, n. 392. Delvincourt lib. 1 tit. 5, nota 11.

È chiaro in conseguenza che il notajo che rappresenta in queste operazioni il presunto assente, non potrà stendere come notajo, gli atti che vi sono relativi. Locré 2, p. 234, n. 5.

È chiaro altresì che la disposizione dell'art. dev'essere inteso riguardo alle successioni aperte anteriormente all'allontanamento dell'individuo. *Quid* se la successione si è aperta dopo l'allontanamento? Si è sostenuto da Toullier (t. 1, n. 477 a 481) e da Merlin (v. *absent* §. 3) la negativa, poichè se le parti interessate non riconoscono l' esistenza del presunto assente, possono profittare della devoluzione in virtù dell'art. 142 (*Contra* Duranton t. 1, n. 494.

(4) In questa materia il pubblico ministero à realmente la *via* di *azione*, che gli è rifiutata in generale. Delvincourt lib. 1, tit. 5.

(5) Il secondo periodo, quello dell'assenza divenuta certa, rende insufficienti le misure prese pel primo (vedi nota 2, pag. 30), ed obbliga di provvedere di una maniera sicura all' amministrazione de'beni dell'assente, perchè allora la presunzione della morte prevalendo su quella della vita, senza neanche prendere il carattere di certezza, diviene necessario di creare un'amministrazione permanente, tutte le volte che l' assente non vi abbia provveduto lasciando un procuratore, con le precauzioni che l'amministrazione non è che un atto conservatorio, e non già un atto possibile di spoglio. Bigot—Préameneau in Locré 2, p. 253, n. 12, e p. 254, n. 18.

(6) In Francia esistono leggi particolari per far salvi a'militari di mare e di terra i loro dritti di successione o di altra specie. Se nel nostro regno non si ànno sul proposito leggi particolari, i militari sono però garentiti dalle leggi generali: art. 118, 119, e 120 ll. cc; 177, n. 7 e 8, 988, n. 2, 1005, 1017, n. 4, proc. civ.

Junge gli art 127 e 128. domicilio o della sua residenza, e (1) dopo quattro anni non se ne saranno avute notizie, le parti interessate (2) potranno ricorrere al tribunale civile affinchè sia dichiarata l'assenza.

122. Per comprovare l'assenza, il tribunale sull'appoggio delle carte e de' documenti prodotti ordinerà che si prenda una informazione (3), in contraddizione del regio procuratore, nel circondario del domicilio ed in quello della residenza (4), se l'uno sia distinto dall'altra.

123. Il tribunale nel provvedere sulla domanda, avrà altronde riguardo a' motivi dell'assenza, ed alle cause le quali hanno potuto impedire che si abbiano notizie del presunto assente.

124. Il regio procuratore trasmetterà le sentenze sì preparatorie, che definitive, tostochè sieno profferite, al Segretario di Stato Ministro della giustizia, il quale le farà pubblicare (5).

Art. 140. 125. Non si pronunzierà la sentenza di dichiarazione di assenza, se non trascorso un anno dopo (6) che si saranno ordinate le informazioni.

CAPITOLO III.

Degli effetti dell'assenza.

—

SEZIONE I.

Degli effetti dell'assenza relativamente a'beni che l'assente possedeva al tempo del suo allontanamento.

Art. 121 e 136. Art. 938 p. c. 126. Nel caso in cui l'assente non abbia lasciato verun procuratore per l'amministrazione de'proprj beni, le persone abili a succedere nel tempo in cui cessò di farsi vedere, o delle ultime notizie avute di lui (7), potranno, in forza del-

(1) *E.* La prima compilazione faceva uso della disjuntiva O, che poi venne cancellata e rimpiazzata dalla cumulativa E. Locré 2, p. 222, n. 11.

(2) Le parti interessate nel senso di questo articolo non sono i creditori ed i terzi, come nel senso dell'art. 118 (nota 2, pag. 31), ma sono gli eredi presuntivi, il conjuge e tutti coloro che anno su' beni dell'assente dritti subordinati alla condizione della sua morte. Toullier t. 1, n. 399. Delvincourt lib. 1, tit. 5, nota 18.

Si domandò nel Consiglio di Stato di Francia, se la dichiarazione di assenza poteva essere provocata dagli eredi di grado posteriore, allorchè quelli del primo grado omettessero di provocarla, e fu risposto di sì. Locré 2, p. 213, n. 7

(3) Gli eredi presuntivi possono essere intesi come testimoni nella pruova, e le loro dichiarazioni saranno valutate dal Tribunale col risultamento delle pruove. Locré 2, p. 222, n. 14.

(4) Ed anche in tutte le residenze, se più ne avesse avute colui ch'è scomparso. Locré 2, p. 237, n. 3.

(5) La pubblicità data per un anno alla domanda di dichiarazione di assenza completa il sistema della pubblicità. Il modo poi della pubblicazione è abbandonato al governo, come oggetto puramente regolamentario.

(6) L'assenza quindi non può dichiararsi che dopo cinque anni almeno dalla scomparsa, se l'assente non à lasciato procura; e dopo undeci se ne à lasciato una.

(7) Si noti che la legge accorda il dritto di domandare il possesso provvisorio de' beni alle persone abili a succedere *nel tempo in cui cessò di farsi vedere o delle ultime notizie avute di lui*, e non già agli eredi presuntivi ch'esistevano al giorno dell'invio in posses-

la sentenza diffinitiva che avrà dichiarata l'assenza, farsi immettere nel possesso provvisionale de'beni che spettavano all'assente al tempo della di lui partenza o delle ultime sue notizie (1); a condizione di dar cauzione per la sicurezza della loro amministrazione (2). Art. 600 a 603 p. c.

127. Se l'assente ha lasciato procura (3), non si potrà promuover l'istanza per la dichiarazione di assenza, e per la provvisionale immessione in possesso, se non dopo il corso di anni dieci compiti dal giorno in cui scomparve, o da quello delle ultime di lui notizie (4).

128. Lo stesso avrà luogo venendo a cessare la procura (5): ed in tal caso si provvederà all'amministrazione de' beni dell'assente, come è detto nel capitolo I. del presente titolo. Art. 118 a 120.

129. Allorchè le persone abili a succedere avranno ottenuto la provvisionale immessione nel possesso, se esiste un testamento dell'assente, si aprirà a richiesta delle parti interessate o del regio procuratore presso il tribunale: ed i legatarj, donatarj, e tutti coloro che abbiano su i beni dell'assente diritti dipendenti dalla condizione della sua morte, potranno esercitarli provvisionalmente mediante cauzione. (6) Art. 933 e 934. Art. 126.

---

so (*). Ma da che vengono preferiti gli eredi presuntivi ed esistenti all'epoca della scomparsa o delle ultime notizie, non deve dedursi che la legge presume l' assente morto in quell'epoca, poichè durante i primi due periodi dell'assenza, la vita e la morte dell'assente sono riguardate com' egualmente incerte, e spetta a coloro che ànno interesse ch' egli sia vivo o morto, di provare la sua vita o la sua morte (**). Si preferiscono quindi questi eredi perchè la vita dell'assente essendo divenuta incerta dopo che cessò di farsi vedere, era di necessità preferire coloro ch'erano suoi eredi presuntivi in quell'epoca (***).

L' età di cento anni compiti dell' assente dispensa gli eredi dalla immissione in possesso provvisorio, poichè l'età di cento anni è stata sempre considerata come il più lungo termine della vita ordinaria; l. 8, ff. *de usu et usuf.*, e l. 56, *de usuf. et quemad.*; arg. dall'art. 135. Locré 2, p. 216, n. 23.

(1) Il che sembra escludere le successioni aperte posteriormente all' epoca della partenza o delle ultime notizie dell'assente, per la ragione che i beni che ne dipendono non *appartenevano* all' assente allorchè egli disparve. Toull. t. 1, n. 424, Del. l. 1, tit. 5, not. 27.

(2) La condizione di dar cauzione e gli atti conservatorii che la legge prescrive sono la conseguenza del principio che la dichiarazione di assenza non istabilisce la certezza della morte dell' assente. Rapporto di Leroy in Locré 2, p. 264. n. 13.

Se gli eredi presuntivi non possono dar cauzione, converrà loro, non esclusi i figli dell'assente, applicare la disposizione dell'art. 527. Locré 1, p. 409, n. 8, e t. 2, p. 200. Delvincourt l. 1, tit. 5, nota 20. (Merlin repert. v. *absence* sostiene, che per mancanza di cauzione il giudicato deve restare senza effetto).

(3) Qualunque, poichè la legge non distingue se la procura fosse generale o particolare. Locré, e Toullier t. 1, n. 424.

(4) La disposizione che fissa la durata della procura a dieci anni è applicabile al caso in cui l'assente à fissato a 30 anni o più la durata della procura. Locré 2, p. 227, n. 29.

(5) Val dire che venendo a cessare la procura, gli eredi non debbono essere immessi in possesso che dopo dieci anni, e prima di quest' epoca non ànno dritto di reclamare che l'applicazione dell'art. 118. I dieci anni decorrono dal giorno della scomparsa e non da quello in cui la procura è cessata. Locré 2, p. 225, n. 27, e p. 236. n. 14.

(6) Dalle parole dell' art. *allorchè le persone abili a succedere avranno ottenuto la provvisionale in possesso*, alcuni giureconsulti àn sostenuto, che la immissione in possesso degli eredi presuntivi è una condizione senza la quale i donatarii, i legatarii e le altre persone che ànno dritti subordinati alla condizione della morte dell' assente, non possono farne lo sperimento (****). Delvincourt (tit. 5, nota 37) à dimostrato la erroneità di questa proposizione con tanta chiarezza e profondità, che conviene piegarsi a'suoi ragionamenti. Dur. t. 1, n. 440, adotta il sentimento di Del., e noi aggiungiamo che questa opinione è consona alle discussioni del Consiglio di Stato. Locré 2, p. 216, n. 201 e p. 228, n. 33.

(*) Proudhon, t. 1, p. 154 e 155. Toullier t. 1, n. 422 e 423. Duranton t. 1, n. 439.
(**) Processo verbale del Consiglio di Stato in Locré 2, p. 215 n. 18. Bigot-Préameneau presso lo stesso autore p. 252 n. 5 e 6.
(***) Processo verbale e Bigot-Préameneau in Locré 2, p. 216, n. 21, e p. 255, n. 20. Toull. t. 1, n. 425.
(****) Merlin repert. t. 16, p. 21 e 22. Toullier t. 1, n. 435, Proudhon t. 1, p. 157 e 158.

130. Il conjuge che è in comunione di beni (1), se elegge di continuare nella medesima, potrà impedire l'immessione provvisionale nel possesso, e l'esercizio provvisionale di tutti i diritti dipendenti dalla condizione di morte dell'assente; e potrà a preferenza prendere (2) o conservare l'amministrazione de' beni dell'assente. Se il conjuge fa istanza per lo scioglimento provvisionale della comunione, conseguirà i suoi beni personali, e rientrerà nell'esercizio pe' suoi diritti tanto legali che convenzionali, mediante cauzione per le cose soggette a restituzione.

La moglie, eleggendo di continuare nella comunione, conserverà il dritto di potervi in seguito rinunziare (3).

Art. 134, 137, 1200, 1817 ll. cc.; 982 proc. civ.

131. Il possesso provvisionale (4) non sarà che un deposito il quale conferirà a quelli che l'otterranno, l'amministrazione de'beni dell'assente, rendendoli risponsabili verso il medesimo nel caso in cui ricomparisca, o si abbiano di lui notizie (5).

Le formalità dell'inventario sono indicate negli art. 1017 a 1020 p. c.

132. Coloro che avranno ottenuto l'immessione provvisionale in possesso, o il conjuge che avrà eletto di continuare nella comunione, dovranno far procedere all'inventario de'mobili e delle scritture dell'assente in presenza del regio procuratore presso il tribunale civile, o di un giudice di circondario richiesto dallo stesso regio procuratore.

Il tribunale ordinerà, se sarà necessario (6), la vendita di tutto o di parte del mobiliare (7). Nel caso di vendita se ne impieghierà (8) il prezzo, del pari che i proventi scaduti (9).

Art. 396 e seg. proc. civ.

Quelli che avranno ottenuto la provvisionale immessione in possesso, potranno per loro cautela fare istanza, che si proceda da un perito nominato dal tribunale alla visita degli stabili, acciocchè se ne verifichi lo stato. La re-

---

(1) O anche sottoposto alla regola dotale, se vi fosse tra i conjugi società stipulata per gli acquisti conformemente all'art. 1394, poichè allora gli effetti di questa società debbono essere regolati in conformità dell'art. citato, nel quale è detto in termini positivi che una tale società è una comunione di acquisti. Toullier t. 1, n. 467. Delvincourt l. 1, tit. 5, nota 40.

(2) *Prendere.* Questa parola si applica alla moglie ed al marito: alla moglie, quando prende l'amministrazione per l'assenza del marito; al marito, quando per l'assenza della moglie prende l'amministrazione di que'beni ch'ella si avea riserbati di amministrare. Toullier t. 1, n. 463.

(3) Il termine o la facoltà di rinunziare cessa, ed è fissato dall'art. 135. Locré 2, p. 236, n. 18 a 22.

(4) Accordato agli eredi presuntivi o al conjuge in comunione di beni. Il tribunato di Francia intese di applicare questa disposizione agli uni ed all'altro. Locré 2, p. 246, n. 4.

(5) Questa disposizione è la conseguenza necessaria del principio che l'assente non è reputato nè vivo nè morto: da ciò segue che la sua successione non è aperta, e che i suoi beni debbono essergli renduti in quell'epoca in cui comparisce; art. 138. Locré 2, p. 215, n. 18.

(6) È rimesso alla prudenza del Tribunale di ordinare la vendita in tutto o in parte de' mobili, quando l' interesse dell' assente il richiede.

(7) Ma la legge non ordina di osservare le formalità prescritte per la vendita de' mobili del minore. Locré, Toullier t. 1, n. 467, e Duranton n. 477. (*Contra* Delvincourt l. 1, tit. 5, nota 54.

(8) *Impiegherà.* La legge non essendosi spiegata per il termine entro il quale debb' essere fatto l' impiego, sembra potersi applicare gli art. 1021 e 1022, e decidere che gl'immessi in possesso ànno sei mesi per le somme provenienti dalle successioni o dalla vendita, e tre pe' capitali restituiti durante il loro godimento. (Delvincourt. 5, nota 56) La pena per mancanza d'impiego è quella di tenersi conto degl'interessi; l. 6, §. 12, ff. *de negot.* gest. Toullier t. 1, n. 428.

(9) *Proventi scaduti.* Queste parole provano che i frutti scaduti prima della dichiarazione di assenza non fanno parte de'frutti di cui gl'immessi possono ritenere una quota, giusta l'art. seguente, nel caso di ritorno dell'assente. Delvincourt l. 1, tit. 5, nota 56.

lazione del perito verrà omologata in presenza del regio procuratore, e le spese saranno prese da'beni dello assente.

133. Quelli che in forza della provvisionale immessione o della legale amministrazione avranno goduto i beni dell'assente, non saranno obbligati a restituire che il quinto de'proventi, se il medesimo ritorni (1) prima de'quindici anni compiti dopo il giorno della sua assenza (2); ed il decimo, qualora ritorni dopo quindici anni. Trascorsi i trent'anni, apparterrà loro la totalità delle rendite (3).

134 Non potranno alienare nè ipotecare i beni stabili (4) dell'assente coloro i quali non li possederanno che a titolo d'immessione provvisionale. Art. 1444, 2012.

135. Se l'assenza avrà continuato per lo spazio di trent'anni dopo la provvisionale immessione in possesso, o dopo l'epoca in cui il conjuge in comunione avrà preso l'amministrazione de'beni dell'assente; o pure quando sieno trascorsi cento anni compiti dalla nascita dell'assente (5), le cauzioni resteranno disciolte (6): tutti coloro che ne avranno il dritto, potranno domandare la divisione de'beni dell'assente, e far pronunziare dal tribunale civile (7) la diffinitiva immessione in possesso (8). Art. 741 e 757.

136. La successione dell'assente, dal giorno della di lui morte verificata, resterà aperta a vantaggio delle persone in quell'epoca abili a succedere: e coloro (9) che avranno goduto i beni dell'assente, saranno tenuti Art. 688, 646, 822.

---

(1) O se la sua morte è provata, e che gl'immessi in possesso non sieno i suoi eredi. Delvincourt l. 1, tit. 5, nota 62.

(2) *Assenza*. Delvincourt legge *partenza*, altrimenti sembrerebbe doversi intendere la restituzione del quinto de' proventi dopo quindici anni di *assenza dichiarata*.

(3) Nella discussione fatta nel Consiglio di Stato si domandò, se l'erede il quale poteva dividere il godimento che conferisce l'immissione in possesso, ed il quale non à ciò fatto, possa dopo 15 anni reclamare la porzione delle rendite che l'art. attribuisce agli eredi. Si rispose che l'art. non è applicabile soltanto a coloro che per effetto della immissione provvisionale ànno goduto i beni dell'assente, ma anche al coerede che non à ottenuto la sua porzione per non aver domandato l'immissione in possesso. Locré 2, p. 237, n. 28. Questa decisione è adottata da Toullier t. 1, n. 433. (*Contra* Merlin v. *absence*, e Delvincourt t. 1, tit. 5, nota 64.

(4) E non dovrebbero neanche alienare i mobili de'quali il Tribunale avesse ordinato la conservazione; ma come pe'mobili il possesso vale per titolo, art. 2185, ecco perchè l'art. si limita a vietare l'alienazione degli stabili: Toullier t. 1, n. 431, nota—In quanto a'crediti non può dirsi lo stesso, poichè l'art. 2185 non si applica a'mobili incorporali. Gl'immessi in possesso non ànno dunque il dritto di alienarli, benchè abbiano quello di riceverne il rimborso. Delvincourt t. 1, tit. 5, nota 57.

(5) Sebbene gli effetti sieno gli stessi ne'due casi, val dire in quello de'30 anni decorsi dalla immissione in possesso, e nell'altro de'100 anni dal dì della nascita, pure sono essi sopra diversi principii stabiliti. In effetti nel primo caso la diffinitiva immissione in possesso non è fondata sulla prescrizione, ma su di una regola di ordine pubblico ch'esige di non lasciare le proprietà lungamente incerte. Nel secondo caso la diffinitiva immissione in possesso è fondata sulla presunzione della morte. Bigot—Préameneau *exposé de motifs* in Locré 2, p. 258, n. 29. Toullier t. 1, n. 446. V. la nota 7, sotto la pag. 32.

(6) *Ipso jure*: Toullier t. 1, n. 441.

(7) Il quale prima di pronunziare deve informarsi nelle forme prescritte dagli art. 121 a 125, se l'assenza sia durata. Bigot in Locré 2, p. 258, n. 29. Toullier t. 1, n. 442. Delvincourt l. 1, tit. 5, nota 69.

(8) È tanto necessario di far pronunziare la immissione in possesso, che gli eredi trascurandola non cessano di essere depositarii, e le alienazioni che facessero prima di averla ottenuta potrebbero essere impugnate dagli assenti e suoi figli. Toullier t. 1, n. 452.

(9) *È coloro*. La parola *coloro* è stata sostituita all'altra *parenti* di cui faceva uso il progetto del codice, sulle osservazioni del Tribunato di Francia, per la ragione che l'art. non dev'essere ristretto a'soli eredi presuntivi, ma anche a'donatari e legatari che possono trovarsi immessi in possesso. Locré 2, p. 246, n. 5, e p. 247, n. 8.

a restituirli (1), eccettuati i frutti da essi acquistati in forza dell'art. 133.

137. Se pendente la provvisionale immessione in possesso ricomparisce l'assente, o resta provata la sua esistenza, cesseranno gli effetti del giudicato declaratorio di assenza; salve, se sarà necessario, le cautele conservative prescritte per l'amministrazione de'suoi beni nel capitolo I del presente titolo.

138. Se anche dopo la definitiva immessione in possesso ricomparisce l'assente (2), o resta provata la di lui esistenza, ricupererà i suoi beni nello stato in cui si troveranno (3), il prezzo di quelli che saranno stati alienati (4), ovvero i beni col prezzo medesimo acquistati.

I figli naturali potrebbero reclamare la quota che loro accorda l'art. 674.

139. I figli e discendenti (5) dell'assente potranno egualmente, entro i trent'anni (6) computabili dal giorno della diffinitiva immessione in possesso, domandare la restituzione de'di lui beni, come è disposto nell'articolo precedente.

Prima della dichiarazione di assenza le azioni saranno promosse nel modo indicato dall'art. 118.

140. Dopo la sentenza declaratoria di assenza chiunque avrà ragioni contra l'assente, non potrà sperimentarle se non contra coloro i quali saranno stati messi in possesso de'beni, o che ne avranno la legale amministrazione.

---

(1) Anche se siano stati immessi nel possesso diffinitivo, essendo giusto che conosciuta l'epoca della morte, succedano coloro che a quell'epoca sono gli eredi presuntivi. Discorso del Tribuno Huguet in Locré 1, p. 271, n. 17. Toullier t, 1, n. 455.

Ma se nell'epoca in cui si apre la successione per la morte dell'assente trovansi successibili coloro che ànno ottenuto la immissione in possesso, possono rinunciare all'eredità? O in altri termini, gli eredi presuntivi fanno atti di erede quando ànno ottenuto l'immissione in possesso? Bisogna distinguere l'immissione in possesso *provvisoria*, dalla immissione in possesso *diffinitiva*. Nel primo caso il possesso non essendo che un deposito non conferisce se non il dritto di amministrare. art. 131, 132, e 134, e per conseguente con la domanda d'immissione non si fanno atti di erede, art. 696. Nel secondo caso l'immissione in possesso conferisce la proprietà secondo gli art. 135 e 138, e quindi l'immesso in possesso fa atti di erede. Chabot *traité de successions*, sull'art. 778 (695), n. 25.

(2) In qualunque epoca, anche dopo i cento anni, senza che gl'immessi possano opporre alcuna prescrizione, imperciocchè non possedendo essi che a titolo di eredi, il loro titolo svanisce quando viene provato che l'assente è vivente: *viventis nullus heres*. Locré 2, p. 214 e 215, n. 14 e 19, e p. 238, n. 34.

(3) E per conseguenza con le ipoteche delle quali i beni si trovono gravati, salvo il regresso dell'assente contro gl'immessi in possesso. Delvincourt tit. 5, nota 74.

(4) Dunque non può far risolvere i contratti di alienazione legalmente stipulati co'suoi eredi. Processo verbale in Locré ib. Toullier t. 1, n. 449. Delvincourt t. 5, nota 70.

Le donazioni fatte dall'immesso in possesso sono valide, nè può essere tenuto a restituire un prezzo che non à ricevuto. Duranton t. 1, n. 506.

(5) I figli e discendenti possono domandare la restituzione de'beni entro i 30 anni, senza essere obbligati a provare la morte del di loro padre: la sola qualità di discendente è un titolo preferibile per ottenere la restituzione de' beni. *Exposé de motifs* in Locré 2, p. 259 n. 30 e 31.

I *collatterali* poi diversi dagl'immessi in possesso possono reclamare la successione dell'assente posteriormente all'immissione diffinitiva, giustificando l'epoca della morte ed il dritto ch'essi avevano di succedergli, giusta l'art. 136. Delvincourt t. 1, tit. 5, nota 72. Duranton t. 1, n. 529.

(6) Dopo i 30 anni l'azione de' figli è prescritta, ossia dopo 65 anni dacchè l'assente è scomparso.

La minor età del figlio sospende la prescrizione? Per argomento dall'art. 2158, sono per l'affermativa Merlin v. *absence*, Toullier t. 1, n. 453, e Maleville su questo art.—(*Contra* Delvincourt l. 1, tit. 5, nota 72, Proudhon e Duranton t. 1, n. 513.

SEZIONE. II.

Degli effetti dell'assenza, riguardo alle ragioni eventuali che possono competere all' assente.

141. Chiunque reclamerà un diritto competente a persona di cui s'ignori l'esistenza, dovrà provare che la medesima persona esisteva, quando si è fatto luogo a tale diritto: senza questa pruova la domanda sarà dichiarata inammessibile.

142. Aprendosi una successione alla quale sia chiamata una persona di cui non consti l'esistenza, sarà devoluta esclusivamente a quelli co'quali essa avrebbe avuto il dritto di concorrere, o a coloro cui sarebbe spettata in sua mancanza (1).

---

(1) Per bene comprendere il senso dell'art. 141, e dell'art. 142 che applica la regola generale al caso di una successione, è indispensabil cosa riferire la discussione avvenuta nel Consiglio di Stato di Francia nella compilazione della sezione presente.

Aprendosi una successione cui è chiamato un individuo presunto assente, costui viene escluso dalla successione? Sulle prime alcuni membri del consiglio opinarono di no per più ragioni: 1.° Che avanti la dichiarazione di assenza, la pruova dell'esistenza non dev'essere richiesta, perchè l'assente viene riputato vivo agl'occhi della legge, purchè non sia provata la sua morte: 2.° Che nel sistema contrario, invano chi si allontana lascia una procura, ed un cittadino appena imbarcato diverrebbe incapace di succedere: 3.° Che la quistione era stata di già decisa coll' art. 119, e che dovrebbesi cangiare, se l'opinione contraria prevalesse.

A questi ragionamenti si rispose: 1.° Che il sistema della legge sulla assenza poggia sul principio che l' assente non è reputato nè vivo nè morto, a meno che la sua morte non è provata. Bisogna dunque distinguere più casi: se i terzi si presentano per raccogliere la successione dell' assente, sono obbligati di provare che non esiste, ed in mancanza di questa pruova, non possono ottenere che l'invio in possesso; se al contrario i terzi si presentano per raccogliere dal capo dell'assente una successione alla quale egli è chiamato, sono obbligati di provare la sua esistenza, giacchè per succedere è di necessità esistere. Se poi i terzi si presentano per raccogliere una successione in esclusione dell' assente, la successione sarà devoluta agli eredi presenti, senza che abbiano bisogno di provare la morte dell'assente, perchè in materia di successione i Tribunali non conoscono che gli eredi che si presentano: 2.° Che alla difficoltà di potersi verificare il caso di vedere escluso dalla successione un individuo appena imbarcato, si rispondeva che costui non perde irrevocabilmente la successione, mentre per l'art. 143, gli resta l'azione di petizione di eredità che dura 30 anni: 3.° Che sulla difficoltà surta per la disposizione dell'art. 119, bisogna distinguere l'assente di cui l'esistenza non è certa, e l'assente di cui l'esistenza è riconosciuta dalle parti interessate a contestarla: al primo si applica l'art. 142, ed al secondo l'art. 119, che incarica il Tribunale sulla istanza del M. P. o della parte interessata a destinare un notajo per rappresentare il presunto assente.—Queste ragioni prevalsero, e perchè nell'applicazione non si desse luogo ad equivoci, furono sostituite le parole *di cui s'ignori l'esistenza* alla parola *assente* delle quali faceva uso il progetto. Locré 2, p. 238 a 240, n. 37 a 40.

Da questa discussione risulta: 1.° Che coloro che pretendono esercitare un drittto cui la morte dell'assente può solamente dar luogo, sono obbligati di provare la sua morte: 2.° Che per esercitare un dritto che suppone la vita dell'assente, bisogna provare la sua esistenza: 3.° Che aprendosi una successione alla quale sia chiamato un individuo dichiarato assente o solamente presunto tale, la medesima è dovuta esclusivamente a coloro co'quali egli avrebbe avuto il dritto di concorrere, o a coloro a'quali mancando lui, sarebbe spettata, *purchè la sua esistenza* non sia da loro riconosciuta, perchè in tal caso sarebbe rappresentato da un notajo secondo l'art. 119. Toullier t. 1, n. 473 a 480. Merlin v. *Absent*.

Da ultimo si osserva che gli art. in disamina non ànno per oggetto di cangiare l'ordine delle successioni, così che i figli di colui di cui non consta l'esistenza concorrendo p. e. coi loro zii nella successione dell' avo', ànno il dritto di rappresentare il loro padre. Merlin v. *Absent*. Delvincourt tit. 5, nota 78. Duranton t. 1, n. 547. *Contra* Proudhon t. 1, p. 192, combattuto fortemente da Delvincourt.

Art. 2168. 143. Le disposizioni de' due precedenti articoli avranno luogo senza pregiudizio dell'azione di *petizione di eredità*, e degli altri diritti spettanti all'assente, o a'suoi rappresentanti ed aventi causa da esso: questi diritti non si estingueranno, che trascorso il tempo stabilito per la prescrizione (1).

Art. 474, 475, 2174. 144. Finchè l'assente non si presenterà, o le azioni a lui competenti non saranno promosse in suo nome, quelli che avranno avuto la successione, lucreranno i frutti da essi percepiti in buona fede.

CAPITOLO IV.

Della cura de' figli minori di un assente.

Junge art. 291, 292, 293, 298, 302 a 309. 145. Se il padre siasi renduto assente, lasciando figli in età minore nati da un comune matrimonio, la madre ne avrà la cura (2), ed eserciterà tutti i diritti del marito relativamente alla educazione ed amministrazione de' loro beni.

146. Sei mesi dopo (3) l'allontanamento del padre, se a quell'epoca fosse morta la madre, o venisse a morire prima che sia stata dichiarata l'assenza del padre, la cura de'figli verrà dal Consiglio di famiglia (4) conferita agli ascendenti più prossimi, ed in mancanza di questi, ad un tutore provvisionale.

147. Lo stesso si osserverà nel caso in cui uno de'conjugi rendutosi assente lascerà figli in età minore nati da un precedente matrimonio.

---

(1) La quale comincia a decorrere dal dì dell'apertura della successione, cioè dalla morte di colui della cui successione si *tratta*, art. 638, e 706.

(2) Di dritto, senza che le sia nominato un tutore surrogato fino alla dichiarazione di assenza. Toullier t. 1, n. 548. Delvincourt tit. 5, nota 12.

(3) Si presume che ne'sei mesi prima avranno cura de'figli minori, i parenti o amici dei genitori, o in loro mancanza il procuratore regio, giusta l'art. 120. Delvincourt lib. 1, tit. 5, nota 14.

(4) In caso di morte de'genitori l'ascedente più prossimo è tutore di dritto, art. 823. La ragione dunque per cui si fa qui intervenire il consiglio di famiglia, osserva Delvincourt è, che all'epoca in cui fu scritto il titolo dell'assenza s'ignorava se vi sarebbe una tutela legittima. E questa opinione sembra giusta, poichè nel Consiglio di Stato di Francia fu deciso che questi articoli non pregiudicano le regole stabilite per la tutela. Locré 2, p. 244, num. 8.

TITOLO V.

DEL MATRIMONIO (1).

CAPITOLO I.

Della promessa e del contratto di matrimonio e delle qualità necessarie per poterlo contrarre.

148. La promessa di matrimonio in qualunque modo, e sotto qualsivoglia condizione data o ricevuta, non produce civilmente alcuna legale obbligazio-

---

(1) Le leggi civili e la religione presiedono insieme all'unione dell'uomo e della donna: le leggi ne àn fatto un contratto e la religione un sacramento. Ecco perchè il matrimonio cristiano trovasi sottoposto alle constituzioni della Chiesa, come anche alle leggi dello Stato. Appartiene quindi al legislatore di stabilire delle formalità dalle quali dipende la validità del matrimonio per quanto riguarda gli effetti civili e politici. È questa la dottrina di S. Tommaso (*lib. IV Contra gentes cap. 78*), illustrando la quale il celebre Van-espen si esprime così: *Si juxta S. Thomam, matrimonium, in quantum ordinatur ad bonum politicum, subjaceat ordinationi legis civilis; consequens est, posse per civilem legem seu magistratum statui quaedam impedimenta, quae sunt necessaria aut convenientia, ut matrimonium hunc finem assequatur; unde etiam verbis S. Thomas subjicit hanc conclusionem: « ideo ex qualibet dictarum legum naturae, humanae, et divinae, potest persona » effici ad matrimonium illegittima ».*

Ad haec, Principes Saeculares catholicos et quoad subditos suos catholicos posse statuere impedimenta impedientia; ita ut ob has Principum ordinationes illicite cum hisce impedimentis matrimonia contrahantur; quin et contravenientes puniri, atque effectibus civilibus, matrimonio alioquin annexis privari queant, indubitatum est; et praxis hodierna circa nuptias filiorum familias sine consensu parentum initas evincit.

Quinimo (uti recte notat Sanchez (sebbene molti Teologi la pensano diversamente) *de matrimonio lib. 7. disp. 3, n. 2.) « absque dubio dicendum est, posse Principem saecularem ex genere et natura suae potestatis matrimonii impedimenta dirimentia fidelibus sibi subditis ex justa causa suis legibus indicere; verum Ecclesiam potestatis hujus usum sibi reservasse, et Principibus interdixisse. Ratioque potissima est, cum potestas Regia ad tranquillitatem et bonum Reipublicae tuenda potissimum sit instituta: ejus est, id quod ad hunc finem obtinendum desideratur, providere: quale est circa matrimonia ineunda sancire, illa impediendo, vel irritando: unde enim maxime pendent tranquillitas et recta reipublicae gubernatio. Nec obstat (ait Sanchez) Principis saecularis potestati, matrimonium esse Sacramentum: quia ejus materia est contractus civilis, qua ratione perinde potest ex causa justa illud irritare, ac si Sacramentum non esset: reddendo personas inhabiles ad contrahendum, et sic illegitimum et invalidum contractum ».* Pars 2, sect. 1. tit. 13, cap. 1, n. 5, 6, 8. 10, 11.

Per il che si comprende facilmente che quantunque non si riconosce matrimonio fra noi, laddove non sia celebrato in faccia alla chiesa e col ministero del parroco, pure il codice dovea occuparsi del matrimonio sotto il rapporto: 1.° Delle cose, le quali sotto il rapporto della capicità e della volontà, costituiscono la sua essenza e sono richieste per la validità di questo legame: 2.° Delle formalità che debbono precederne ed accompagnarne la celebrazione, e de'documenti senza l'esibizione de'quali non può questa aver luogo: 3.° Degli atti destinati a provare questa celebrazione, e degli altri modi di provarla: 4.° Delle giurisdizioni nelle cause matrimoniali sia per la validità del sacramento, che per gli effetti civili. 5.° Degli effetti del matrimonio sia per le persone de'conjugi che de'figli, non che de' casi in cui non produce effetti civili.

Le esposte idee mostrano quante modificazioni il titolo presente à portato al titolo del matrimonio del codice francese, il quale partiva dal principio che conveniva considerare il matrimonio come un contratto puramente civile, e per l'effetto *secolarizzare* il legislatore presso una nazione che avea proclamato la libertà de'culti.

ne nè per lo adempimento, nè per la prestazione di ciò che siasi promesso nel caso d' inadempimento. Soltanto la promessa fatta innanzi allo stato civile, a' Art. 78. termini del capitolo III del titolo II, darà luogo in caso d'inadempimento alla rifazione del danno a pro della persona che non abbia dato ragionevole motivo a recederne.

Art. 79. 149. La copia legale dell'atto di solenne promessa è il titolo, con cui sarà promossa in giudizio l'azione del danno.

150. La legge limita le sue disposizioni, riguardo al matrimonio, agli effetti civili e politici.

Art 67, 155, 189. 151. Sotto questo solo aspetto essa regola la qualità e le condizioni de'contraenti; determina le formalità che preceder debbono la celebrazione, la loro validità, i dritti, i doveri, e gli effetti civili che ne risultano. Lascia intatti i doveri che la religione impone, senza apportarvi alterazione o cambiamento alcuno.

152. L'uomo prima di aver compito gli anni quattordici, e la donna prima di aver compito gli anni dodici, non possono contrarre matrimonio (1).

Art. 1062, 1063 e 1069. 153. Non vi è matrimonio quando non vi è consenso (2).

---

(1) Nel fissare l'età in cui può contrarsi matrimonio, la legge non poteva che prender di guida il clima sotto la cui influenza gli uomini vivono. Ha l'esperienza dimostrato che l'età indicata nell' art. è quella che in Italia segue lo sviluppo fisico. Il codice francese stabilì, allontanandosi da queste regole, negli uomini l'età di 18 anni, e nelle donne quella di 15; e come delle circostanze imperiose potevano esigere delle eccezioni, il codice, art. 145, lasciò al Re il dritto di accordare delle dispense. Il nostro art. non ripetendo la medesima disposizione, pare che per quanto imperiosa fosse la circostanza non potrebbe domandarsi la dispensa, mentre il legislatore quando à voluto riservarsi questo dritto, l'à espresso: vedi gli art. 161 e 165.

La disposizione dell'articolo concorda col dritto romano, princ. *Inst. de nuptiis* e l. 4, Cod. eod; e col dritto canonico, c. ult. *de desponsat. impub.*—*Quid* se il matrimonio viene contratto prima dell'età competente? Il codice francese ne stabiliva la nullità con due eccezioni: 1.° quando erano scorsi sei mesi da che lo sposo o gli sposi che non aveano l' età necessaria fossero giunti all'età competente: 2.° quando la donna, che non era giunta a questa età, avesse concepito prima della scadenza di mesi sei.

Se questa disposizione non sono state ripetute nel nostro codice, l'è perchè il giudizio della validità del matrimonio appartiene a'giudici ecclesiastici; ma non bisogna dedurne che sia privo di effetti civili, poichè il concepimento della donna distrugge la presunzione dell'impubertà stabilita dalla legge, e quando le parti prestano un nuovo tacito consenso al matrimonio in un tempo in cui sono capaci di contrarlo, non vi è ragione a poter impugnare il matrimonio. Tal è pure il prescritto della romana legislazione nella l. 5, ff. *de ritu nuptiarum*, e del dritto canonico cap. II. *attestationes ext. de desponsatione impuberum.*

(2) Ossia il difetto di consenso opera più che la nullità del matrimonio; importa che il matrimonio non abbia giammai esistito. Viziano il consenso, il difetto di ragione, la violenza, l'errore sulla persona, o sulle qualità sostanziali.

In quanto al difetto di ragione: 1.° Nel progetto del codice erasi con un art. stabilito, che l' interdetto per causa di demenza o di furore fosse è incapace a contrarre matrimonio. Questo art. non è passato nel codice per una conseguenza naturale della regola ch'esige pel matrimonio un consenso valido (*). Se l' individuo demente non fosse interdetto, il matrimonio celebrato senza opposizione sarebbe valido (**) — 2.° I sordi-muti di nascita possono contrarre matrimonio, allorchè sono capaci di manifestare il loro consenso (***).

In quanto alla violenza, anticamente era sufficiente che si fosse rapita una donna onde perdere per sempre ogni speranza di maritarsi con lei, sia che si fosse rilasciata, sia che si tenesse ancora sotto la mano. Così era stabilito da Giustiniano (leg. unica cod. *de raptu virg.*) e dal cap. 10 del concilio di Pavia tenuto nel 850. Oggi il ratto violento, o il ratto per seduzione nelle persone di minor età, punibile a' termini dell'art. 336 leg. penali vi-

---

(*) Locré 2, p. 311.
(**) Arg. dell'art. 183, n. 2. Toullier t, 1, n. 502.
(***) Arg. degli art. 860 e 905, Locré 2, p. 314. Merlin rép. v. *sordo-muto.*

154. Non vi è consenso in colui che erra sulla persona del futuro sposo: l'errore sulle qualità e condizioni della persona non distrugge il consenso (1).

155. Non può contrarsi un secondo matrimonio, se non sia disciolto il primo dall'autorità ecclesiastica (2). Art. 20 del conc.; 216 ll. cc., e 331 ll. pp.

156. La vedova non potrà essere ammessa a far la solenne promessa di matrimonio innanzi all'uffiziale dello stato civile, se non dopo dieci mesi dalla morte del marito, qualora in questo intervallo non abbia partorito (3).

---

zia il consenso (*). Per le persone maggiori di anni dodici la seduzione non può dirsi che vizia il consenso, il ratto bensì, ed all'uopo il concilio di Trento sess. 24, c. 6. de *reform. matrim.* vieta il matrimonio tra il rapitore e la rapita, meno se la rapita a *raptore separata, et in loco tuto et libero constituta, illum in virum habere consenserit, eam raptor uxorem habet.* Sanchez lib. 7. *de matrim.*, *disp.* 13, n. 47.

Relativamente alla violenza, essa non nuoce al consenso, se non quando sia accompagnata da vie di fatto o da *ingiuste* minacce di un male grave, attuale o imminente. Per lo che quando un uomo sposa perchè vi è costretto dalla giustizia, o per evitare un mandato di arresto, non si può considerare come ingiusta la violenza, perchè emana dalla giustizia. Lo stesso dicasi del consenso che le figlie danno costrette da quel timore riverenziale verso i genitori, non accompagnato da sevizie attuali; art. 1078, e Sanchez lib. 4, *de matrim.*, *disput.* 6, n. 1 e 2, *disp.* 7, n. 7, *disp.* 8, n. 9.

In quanto all'errore, la disposizione dell'art. 154 stabilisce le norme.

(1) Nel Consiglio di Stato di Francia fu vivamente agitata la quistione, ma non risoluta, della nullità del matrimonio per causa di errore. Il progetto diceva così: *non vi è consenso quando vi è errore o violenza sulla persona.* La parola *persona* parve equivoca, poichè si dubitava se dovesse limitarsi alla persona fisica ed individuale, o pure estendersi alla persona civile; o in altri termini, se l'errore sulla *qualità* vizia il consenso, egualmente che l'errore sull'individuo. Non si potè essere di accordo, e per terminare la discussione si tolse la seconda parte dell'art. in progetto, rimanendone la prima (**) che corrisponde al precedente art. delle nostre leggi civili.

Il nostro legislatore à con l'art. 154 precisato, che l'errore sulle *qualità*, purchè non sieno essenziali, non vizia il consenso, sibbene l'errore sulla *persona*: concorda questa disposizione col dritto canonico; Sanchez. lib. 4, *disput.* 28.—L'errore invero sulle qualità necessarie per adempiere il fine del matrimonio, *l'impotenza*, che che ne dica in contrario Toullier (t. 1, n. 525), dà azione all'altro conjuge di domandare la nullità del matrimonio (***). Presso di noi non sembra dubbiosa la qnistione, perciocchè per l'art. 189 le cause matrimoniali sono di competenza dell'autorità ecclesiastica, la quale giustamente accoglie le domande per lo scioglimento del matrimonio *ex causa impotentiae* (****). Per conoscere quali sieno le ritualità in tali giudizii vedi Fimiani *elem. jur. canon.* lib. 2, cap. XII, §. 12; Van-Espen, e il trattato sulla *dissolution du mariage pour cause d'impuissance*, stampato in Luxemburg nel 1735 — Si noti che l'impotenza avvenuta dopo il matrimonio quantunque non consumato, non lo scioglie. Sanchez lib. 7, *de matrim.*, *disp.* 97, n. 2, e *disp.* 102, n. 3.

(2) La nullità del secondo matrimonio nell'esistenza del primo, non priva il conjuge di buona fede e la prole de'vantaggi che la legge accorda a'matrimonii validi; art. 191.

(3) *Qualora in questo intervallo non abbia partorito.* Queste parole aggiunte al corrispondente art. 228 del codice francese, risolvono la quistione agitata fra i giureconsulti francesi (*****), se l'impedimento in questo art. stabilito sia semplicemente proibitivo, e mostrano che il divieto è stabilito per evitare il pericolo della confusione del parto: tanto ciò è vero, che il secondo matrimonio del marito non è sottomesso ad alcuna dilazione.

Se malgrado il divieto dall'art. pronunziato, una vedova contragga subito un secondo matrimonio, così che partorisca prima de' 300 giorni dalla morte del marito, e dopo i 180 giorni dal dì delle seconde nozze, potrebbe sorgere la quistione a quale de'due mariti ap-

---

(*) Locré 2, p. 315.

(**) Locré 2, p. 317.

(***) Merlin rep. v. *impuissance* e v. *legittimité* sez. 2, §. 2, n. 4. Delvincourt l. 1, tit. 6, nota 26. Decisione della Corte di Treves de'27 gennajo 1808 in Sirey detto anno 2 parte, p. 214.

(****) Tit. 15 del libro quarto delle decretali di Gregorio IX, con la rubrica: *De frigidis, et maleficiatis, et impotentia coeundi.*

(*****) Toullier (t. 1, n. 651, e t. 2, n. 664) e Merlin rep. v. *noces* §, 2, n. 1: sostennero che l'impedimento era solo proibitivo: così decise quella corte di cass. a'29 ottobre 1811, Sirey anno 1812, p. 46.—*Contra* Delvincourt tit. 6, nota 5a.

157. È vietato all'uffiziale dello stato civile di ricevere la solenne promessa del matrimonio tra'l tutore o i figliuoli di lui, ed il minore o la minore (1), durante la tutela (2), e pendente il rendimento de' conti (3); purchè non preceda l'approvazione del tribunale con cognizione di causa, inteso il pubblico ministero. Ciò non deroga alla necessità del consenso del Consiglio di famiglia prescritto nell'articolo 174.

Art. 244 ll. pp.

158. Nella linea retta non può contrarsi matrimonio tra gli ascendenti e discenti legittimi (4) o naturali (5); tra gli affini (6) nella medesima linea.

Art. 657.

159. Non può contrarsi matrimonio tra l'adottante e l'adottato, o i discenti di costui; nè tra l'adottante ed il consorte dell'adottato, e reciprocamente tra l'adottato ed il consorte dell'adottante (7).

160. Nella linea collaterale è vietato il matrimonio

1.° tra i fratelli e sorelle legittimi o naturali (8);

2.° tra gli affini del medesimo grado (9);

3.° tra lo zio e la nipote, tra la zia e il nipote (10);

---

partenga il figlio, mentre la presunzione legale per gli art. 234 e 237, è contro l'uno e l'altro. Questa quistione è stata a fondo esaminata da Voet (*ad pandectas tit. de statu hominum*, n. 7), il quale risolve la quistione contro il secondo marito, attribuendogli il figlio.

(1) Questa salutare disposizione chiama in osservanza le prescrizioni delle leggi romane, le quali vietavano il matrimonio tra la pupilla ed il tutore o il di lui figliuolo; l. 59, ff. *de ritu nuptiarum*, e l. 6, Cod. *de interd. matrim. int. pup. et tut.*

(2) Meno se il padre avesse destinato la figlia per moglie del tutore o del costui figlio. Il consiglio paterno allontana ogni idea contraria; l. 6, *Cod. de interd. mat.*

(3) Cessata dunque in qualunque modo la tutela, e rassegnati i conti, cessa l'impedimento. Il codice à temperato il rigore del dritto romano, il quale richiedeva che la minore fosse pervenuta all'età di 25 anni, e scorso il termine di quattro anni per avvalersi della restituzione in intero.

(4) Montesquieu espone i motivi fisici e politici che debbono determinare i legislatori a porre una insuperabile barriera a questi matrimonii. *Esprit des lois* lib. 26, cap. 24.

(5) La massima che i figli naturali non ànno famiglia si applica a'soli rapporti civili: i rapporti naturali che risultano dal vincolo di sangue tra i figli naturali o i loro discendenti, ed i parenti del padre o della madre, sono gli stessi che quelli tra i figli legittimi ed i parenti del loro padre e madre: *jura sanguinis*, dice la l. 8, ff. de R. J., *nullo jure civili dirimi possunt*. Toullier t. 1, n. 531.

(6) L'affinità è il vincolo ch'esiste fra uno de' conjugi co'parenti dell'altro: *necessitudo inter unum e conjugibus et alterius conjugis cognatos*; così che tutt'i parenti della moglie sono affini del marito, e viceversa. Dal che segue che l'affinità dovendo risultare da giuste nozze, l'affinità che nasce da illecita unione non costituisce un impedimento alla solenne promessa da doversi, in quanto agli effetti civili, riconoscere dalla laicale potestà—Delvincourt (tit. 6, nota 64) opina che l'art. è applicabile all'affinità derivante da illecite unioni, e presso di noi questa quistione, considerata in quanto al vincolo del matrimonio, è tutta del potere ecclesiastico, che intende per affinità quella parentela che il marito contrae con i consanguinei della moglie o viceversa, nata da unione lecita o illecita. C. 8, e 9, *extr. de eo qui cognov. consanguin. uxoris suae. Synod. trident.* sess. 24, c. 4, *de reformat matrim.*

(7) La l. 55, §. 1, ff. *de ritu nuptiarum* vietava il matrimonio tra l'adottato e la madre dell'adottante. Non prevedendo questo art. (uniforme all'art. 348 del codice francese) il caso di cui è parola nella citata legge, ne à conchiuso Delvincourt (tit. 6, nota 66) che nella parentela civile, il matrimonio non sia vietato in linea retta ascendentale al di là del primo grado. Ma questa opinione è stata confutata da'signori Magliano e Carrillo com. leg. civ. t. 1, p. 298.

(8) La ragione di questo divieto è stata con solidi argomenti esposta da Montesquieu lib. 26, cap. 14.

(9) E come l'affinità non produce affinità, si può sposare la vedova del fratello della prima moglie, perchè si era affine del fratello della moglie, ma non della sua vedova.

(10) Questo divieto si estende a'prozii e pronipoti; l. 50, ff. *de verbor. signif.*, e l. 3, §. 2, ff. *de postulando*. Così decise anche in Francia un avviso del Consiglio di Stato del di 7 maggio 1808.

La proibizione della promessa del matrimonio tra zii e nipoti non si estende all'affinità. Si può quindi promettere di sposare la vedova dello zio.

4.° tra l'adottato ed i figli (1) dell'adottante, ancorchè adottivi.

161. Il Re nondimeno per cause gravi può dispensare al divieto espresso ne'numeri 2.°, 3.° e 4.° dell'articolo precedente (2). La dispensa del Re s'intende accordata per quanto riguarda l'impedimento civile (3).

162. È vietato per coloro che sieno ligati da voto solenne (4) o dagli ordini sacri (5).

163. Il figlio che non è giunto all'età di anni venticinque compiti, e la figlia che non ha compito gli anni ventuno, non possono contrarre matrimonio senza il consenso del padre e della madre (6). Nel caso che sieno discordi, il consenso del padre sarà sufficiente (7). Art. 75 e 170.

Si noti che nell'art. 158, e nel numero 1 di questo articolo parlandosi pel divieto della promessa del matrimonio fra ascendenti e discendenti, sorelle e fratelli, si aggiungono le espressioni *legittime o naturali*. Non rinvenendosi nel 3.° numero dell'art. 160 la ripetizone delle parole *legittime o naturali*, se ne deve conchiudere, che il divieto è tra gli zii e nipoti legittimi, e non già tra gli stessi parenti in questo grado col vincolo naturale soltanto.

(1) L'adottato però può sposare la figlia del figlio dell'adottante, ossia la figlia del fratello adottivo. Delvincourt lit. 6, nota 67.

(2) Il codice francese non accordava dispense pel matrimonio tra gli affini del secondo grado, e dalle discussioni di quel Consiglio di Stato si rileva che questo divieto assoluto fu creduto reclamato da'costumi e dagl'inconvenienti delle famiglie. Locré 2, p. 320.

(3) Il che importa che nel caso d'impedimenti misti, cioè civili e canonici, bisogna ottenere la dispensa dell'una e dell'altra potestà.

(4) Monaci e monache.

(5) I diaconi, suddiaconi, presbiteri e vescovi, presso i Latini, sono ligati da ordine sacro; presso i Greci, i diaconi, preti e Vescovi. L. 45, Cod. *de episc. et cleric.*

(6) I legislatori ànno stabilito la differenza nel termine della maggior età in quanto al matrimonio tra i figli maschi e le femmine, perchè la natura si sviluppa più facilmente in un sesso che nell'altro. Una donzella che languirebbe in una penosa attenzione, perderebbe parte delle attrattive che possono favorire il suo collocamento; e sovente potrebbe trovarsi in tali pericoli da compromettere la sua virtù, mentre una donzella non vede nel suo matrimonio, che la conquista della sua libertà. Non si possono temere i medesimi pericoli pel nostro sesso ch'è più tardo allo sviluppo, e più facile a conservare il celibato.

La necessità del consenso paterno è fondata sopra il loro amore, sopra la loro ragione, e sopra l'incertezza di quella de'loro figliuoli, tenuti dall'età nello stato d'ignoranza, e dalle passioni nello stato di ubbriachezza. Montesquieu lib. 23, cap. 7. Portalis in Locré 2, p. 381 e 382, n. 12, 13, 14. Vedi l'eccellente rapporto di Gillet al Tribunato di Francia (Locré 2, p. 428 e seg. n. 1,) sull'istoria e teoria della legislazione antica e nuova intorno al consenso do'padri nel matrimonio de'figli—Il concilio Tridentino non annoverò la mancanza di consenso de' genitori fra gl' impedimenti dirimenti, e pure dichiarò che i matrimonii de' figli di famiglia senza il consenso paterno, *sancta dei ecclesia ex justissimis causis illa semper detestata est, atque prohibuit.*

La prammatica 1. *de matrim. a fil. fam. contrag.* del 10 aprile 1771 ordinò, che i figli sotto la patria potestà o emancipati, non potevano contrarre matrimonio prima degli anni 30, e le figlie prima degli anni 25; senza il consenso de'genitori o dell'avo per premorienza del genitore, sotto pena di poter essere i primi diredati, e le seconde privale della dote. Il dispaccio del 1 febbrajo 1772 estese la disposizione della prammatica anzidetta anche a'figli che rinunziassero alla successione paterna, o materna; e il dispaccio del 13 luglio 1771 dichiarò che anche i figli militari soggiacevano alle stesse prescrizioni.

Anche in Francia l'ordinanza del 1556 dette a'genitori il podere di diredare i figli che non richiedevano il loro consenso; ma l'esperienza dimostrò quali effetti potevano sperarsi da questa misura. Che perciò con ordinanza del 26 novembre 1639 si dichiarò che il potere di diredare i figli non essendo una sanzione sufficiente per ovviare agl'inconvenienti, era necessario ricorrersi al rigore di dichiarare nulli tanto a riguardo de'contraenti che de' figli, i matrimonii fatti in contravvenzione dalla citata ordinanza. Bigot in Locré 2, p. 425, n. 2. E questa disposizione passò nel codice civile, art. 182 e 183—Presso di noi più giustamente la mancanza del consenso paterno priva il matrimonio degli effetti civili; ma questa nullità è relativa, nè potrebbe opporsi dopo approvato espressamente o tacitamente il matrimonio; l. 25, Cod. *de donat. inter vir. et uxor:* arg. degli art. 182 e 183, cod. francese.

(7) Perchè vi sia dissenso bisogna che sieno tutti due richiesti del consenso. Decisione

Mancando i genitori e l'avo paterno, vedi l'art. 171.

164. Se il padre è morto, o se trovasi nella impossibilità (1) di manifestare la sua volontà, l'avo paterno e la madre subentrano nel di lui luogo. Però nel caso di dissenso, quello dell'avo sempre prevale.

165. Quando il dissenso de' genitori o dell' avo paterno sia ingiusto e ripugnante al bene de'figli, il Re, presa conoscenza dell'affare, supplirà la mancanza del di loro consenso (2).

Art. 171.

166. I figli di famiglia giunti all'età definita nell'articolo 163, sono tenuti prima di contrarre matrimonio, a chiedere con atto rispettoso e formale il consiglio del padre e della madre, o dell'avo paterno e della madre, nel caso che il padre fosse mancato di vita, o si trovasse nella impossibilità di manifestare la sua volontà (3).

167. L'atto rispettoso prescritto dall' articolo precedente, se non sarà susseguito dall'annuenza pel matrimonio, dovrà rinnovarsi altre due volte di mese in mese (4); e scaduto un mese dopo il terzo atto, si potrà (5) procedere alla celebrazione del matrimonio.

168. L'atto rispettoso sarà notificato (6) a quello, o a quelli tra gli ascendenti che sono indicati nell'articolo 166, col mezzo di due notaj (7), o di un notajo

---

della Corte di Bruxelles de'5 maggio 1808, e di Douai de'24 gennajo 1815, in Sirey 1809, 2. parte, p. 480; e 1816, p. 114.

(1) Per demenza o assenza. La demenza si prova con la sentenza d'interdizione, la quale se non è pronunziata, bisogna attendere il risultamento del giudizio. L'assenza si prova nel modo indicato dall'art. 169. Toullier t. 1, n. 543.

Non è da omettersi che con decreto de'22 aprile 1809 fu stabilito: 1.° che non è necessario di presentare all'ufiziale dello stato civile gli atti di morte del padre de' futuri sposi, qualora l'avo ne attesti la morte; 2.° se i genitori o l'avo paterno il cui consenso è richiesto sieno morti o assenti, e non si possa produrre l'atto della loro morte o la prova della loro assenza per essere ignoto l'ultimo loro domicilio, l'uffiziale può procedere agli atti della promessa di matrimonio, purchè gli sposi sieno di età maggiore e dichiarino con giuramento, di unita a'4 testimoni richiesti per la solenne promessa, d'ignorare il luogo della morte e quello dell'ultimo domicilio degli ascendenti.

(2) Con questo articolo si è nel nostro regno richiamata in vigore la prammatica pubblicata nel dì 26 giugno 1771, *de matrim. a filiis fam. contrah.*, nella quale Ferdinando IV. dichiarò che « secondo l'occorrenze e le circostanze de'casi riserbiamo alla nostra so» vrana autorità, come padre comune dei nostri sudditi, il supplire al dissenso paterno e » dispensare alla legge, secondo che meglio ci sembrerà ».

Con rescritto de'6 maggio 1820 venne dichiarato che al dissenso degli ascendenti si supplisce dal Sovrano, dietro gl'informi stragiudiziali del presidente e procuratore del Re.

(3) I figli arrivati all' età in cui l' esperienza à illuminato la ragione divengono arbitri del loro destino. Nulladimeno sono obbligati di chiedere il consenso de'loro genitori, quantunque la legge non lo dichiarasse necessario. È sembrato utile a'buoni costumi, dice Portalis, far rivivere questa specie di culto renduto dalla filiale pietà al carattere di dignità, ed oso dire di maestà, che la natura stessa sembra di avere impresso su coloro che sono per noi, su questa terra, l'immagine ed anche i ministri del creatore. Locré 2, p. 383, n. 17.

(4) Il giorno della notifica e quello della scadenza non debbono essere calcolati, giusta l'art. 1109 p.c.Decis. della corte reale di Parigi del 19 ottobre 1809, Sirey 1810, 2. parte, p. 271.

(5) Si avverta, che la legge dice si *potrà*. Laonde dopo il termine di un mese a contare dal primo o terzo atto rispettoso, gli ascendenti possono ancora proporre a'tribunali i motivi del loro rifiuto e far pronunziare sulle loro opposizioni. Toullier t. 1, n. 548.

La mancanza degli atti rispettosi non mena alla nullità della solenne promessa. Notisi la differenza di locuzione tra questo e l'art. 163. Delvincourt tit. 6, nota 18.

(6) Non è necessario che il figlio sia presente all'atto rispettoso: cass. di Parigi, 4 novembre 1807, Sirey anno 1808, p. 57.—Delvincourt l. 1, tit. 6, nota 26 inclina a credere che il figlio dovess' essere presente, perchè trattasi di chieder consiglio al padre.

(7) E non già col mezzo di un usciere il cui ordinario ministero è quello di eseguire gli atti rigorosi della giustizia, mentre che i notai sono i depositarii de'segreti delle famiglie. Bigot-Préameneau in Locré 2, p. 426, n. 5.

con due testimonj; e sarà fatta menzione della risposta (1) nel processo verbale che si dee formare.

169. In caso di assenza dell'ascendente a cui sarebbesi dovuto fare l'atto rispettoso, si passerà alla celebrazione del matrimonio, presentandosi la sentenza pronunziata per dichiarare l'assenza; in mancanza di essa, quella con cui si fossero decretate le informazioni; ovvero, non essendovi ancora veruna sentenza, un atto di notorietà spedito dal giudice di circondario del luogo in cui l'ascendente ebbe l'ultimo suo noto domicilio. Questo atto conterrà la dichiarazione di quattro testimonj chiamati *ex officio* dal medesimo giudice di circondario. Art. 125.

170. Gli uffiziali dello stato civile che avessero proceduto alla consegna della copia della promessa di matrimonio de' figli i quali non abbiano compito l'età di anni venticinque, ovvero delle figlie che non abbiano compito quella di anni ventuno, o de' minori, senza esprimervi il consenso de' padri e delle madri, quello dell'avolo paterno, e quello della famiglia ne' casi preveduti, saranno, a richiesta delle parti interessate e del procuratore regio presso il tribunale civile della provincia o valle in cui il matrimonio è stato celebrato, condannati ad una multa che non potrà eccedere la somma di ducati sessanta, ed in oltre alla pena del carcere per un tempo non minore di mesi sei. Art. 52, 163, 164 e 174. Art. 244 ll. pp.

171. Quando non vi sieno intervenuti atti rispettosi ne' casi in cui sono prescritti, l'uffiziale dello stato civile, che avrà dato copia dell'atto della solenne promessa di matrimonio, sarà condannato alla multa stessa, ed in oltre alla pena del carcere non minore di un mese (2).

172. Le disposizioni degli articoli 163 e 164 e le disposizioni degli articoli 166, 167, 168 e 169 relative all'atto rispettoso da praticarsi verso il padre e la madre ne' casi contemplati in detti articoli, sono applicabili anche a' figli naturali legalmente riconosciuti (3).

173. Il figlio naturale che non sia stato riconosciuto, o che riconosciuto ab-

---

(1) Dacchè devesi fare menzione della *risposta*, ne segue che gli atti rispettosi si debbono intimare alla persona, a meno che la persona che dev'essere richiesta faccia di tutto per impedire siffatta notificazione, poichè *in jure civili receptum est quotiens per eum cujus interest, conditionem non impleri, fiat, quominus impleatur, perinde haberi, ac si impleta conditio fuisset;* l. 161, ff. *de reg. jur*. Decisione della Corte Suprema di Giustizia di Napoli del 1 luglio 1828, tra de Rosa e de Rosa. Toullier t. 1, n. 549; e Delvincourt lib. 1, tit. 6, nota 22.

Gli ascendenti non sono obbligati di esprimere il motivo del loro rifiuto; arg. dell'art. 185: Bigot in Locré 2, p. 426, n. 5.

(2) Le pene proposte contro l'ufiziale dello stato civile sono gradatamente in ragione della gravità de' fatti. Ricevere la solenne promessa di un figlio che à bisogno del consenso del genitore è un fatto le cui conseguenze sono più dannose di quello della omissione degli atti rispettosi. È questa la ragione della diversità della pena tra l'art. 170 e 171.

Le leggi civili non prevedono il caso in cui gli uffiziali dello stato civile saranno più colpevoli ancora: tale sarebbe quello della loro collusione co' figli di famiglia per eludere la legge. Un fatto così colpevole prenderebbe il carattere di un reato, ch'è stato necessario di mettere nel codice penale, art. 244, al numero di quelli che sono puniti con una pena afflittiva. Bigot in Locré 2, p. 427, n. 8.

(3) Prima della nuova legislazione i figli nati fuori matrimonio erano abbandonati al loro arbitrio, poichè il consenso del padre facendosi allora derivare dalla proprietà conceduta su coloro cui aveano dato i giorni, la paterna potestà non poteva spiegarsi che su i figli nati da matrimonio. Ma la nuova legislazione à consacrato delle idee più eque, per la ragione, dice Portalis, che non una vana potenza accordata al padre, ma è l'interesse de' figli che deve motivare la necessità del consenso paterno. In conseguenza si è creduto che l'interesse de' figli naturali, allorchè sono riconosciuti e possono nominare un padre certo, non era indegno di fissare la sollecitudine del legislatore. L'abbandono assoluto de' figli naturali sarebbe contrario alla umanità, e se questi figli non appartengono ad alcuna famiglia, appartengono allo stato cui interessa di proteggere. Locré 2, p. 383, n. 16.

bia perduto il padre e la madre (1), ovvero nel caso che questi non possano manifestare la loro volontà, non potrà maritarsi prima degli anni ventuno compiti, se non avrà ottenuto il consenso di un tutore (2) da darglisi a questo atto.

Art. 157, 164, 169, 328 a 337. 174. Se non esistono nè padre, nè madre, nè avo paterno, o se si trovano tutti nella impossibilità di manifestare la loro volontà, i figli e le figlie minori di anni ventuno non possono contrarre matrimonio senza il consenso del Consiglio di famiglia (3).

CAPITOLO II.

Delle formalità richieste precedentemente alla celebrazione del matrimonio.

175. L'atto di solenne promessa enunciato nello articolo 77 sarà eseguito pubblicamente alla presenza dell'uffiziale dello stato civile del domicilio dell'uno o dell'altro de'contraenti.

176. La notificazione ordinata dall'articolo 68 sotto il titolo *degli atti dello stato civile* sarà fatta nella municipalità del luogo ove ciascuno de'contraenti avrà il suo domicilio (4).

Art. 76. 177. Nondimeno se il domicilio attuale è stabilito colla sola residenza di tre mesi, la notificazione sarà fatta ancora nella municipalità dell'ultimo domicilio (5).

178. Il Re per giuste cause potrà dispensare al tempo richiesto dall'articolo 68 per la notificazione (6).

---

(1) I figli naturali non appartenendo ad alcuna famiglia, è facile il comprendere che in mancanza de'genitori non sono tenuti ad ottenere il consenso dell'avo paterno. Il progetto del cedice conteneva una disposizione affermativa, ma fu riformata dietro le osservazioni del Tribunato. Locré 2, p. 368, n. 5, e Portalis ibid, p. 383, n. 16.

(2) Nominato da un consiglio di famiglia composto di persone cognite per aver avuto relazioni di amicizia col padre e con la madre del minore; arg. dell'art. 330. Se il minore poi non era stato riconosciuto da'suoi genitori, il giudice di circondario convocherà il consiglio come gli sembrerà convenevole. Cass. di Francia del 6 settembre 1808 in Denvers p. 633. Delvincourt. tit. 6, nota 27. Toullier t. 2, n. 1113.

In quanto al consenso pel matrimonio degli espositi e de'minori ammessi negli ospizii, la commessione amministrativa dello stabilimento destina un membro per esercitare le funzioni di tutore, e gli altri formano il consiglio di tutela: articolo 1 del decreto de' 7 aprile 1828.

(3) Per compimento della materia contenuta in questo capitolo non è inutile aggiungere:

1.° Che non sono considerati legittimi e capaci di produrre effetti politici e civili i matrimonii de'componenti della real famiglia che non sieno preceduti da un sovrano beneplacito da accordarsi loro in forma di decreto. Atti Sovrani de'7 aprile 1829 e 12 marzo 1836.

2.° Che i militari sono obbligati di richiedere il consenso del ministro della guerra o del consiglio di amministrazione, secondo il grado del contraente. Le disposizioni legislative per siffatto consenso sono contenute nel regolamento del 10 dicembre 1808, ne'decreti de' 25 28 gennajo e 9 giugno 1811, 28 novembre 1817, 17 gennajo e 9 marzo 1825. Il diritto antico del regno conteneva eguali disposizioni. Gatta 1, tit. 15.

(4) Domicilio, per gli atti del matrimonio, s'intende il luogo di una residenza continua. Si è creduto di non applicare al matrimonio le regole comuni del domicilio per la facilità de'matrimonii, e per impedire nello stesso tempo i matrimonii clandestini. Locré 2, p. 323 n. 4, 5 e 6.

(5) Quante volte non abbia un anno di residenza nel comune in cui attualmente dimora. Motivi e Delvincourt lib. 1, tit. 6, nota 75.

(6) Ed affinchè i nazionali de'dominii al di là del faro potessero con sollecitudine godere di questo beneficio, fu tal reale prerogativa comunicata al luogotenente generale di Sicilia con decreto de'22 agosto 1821.

179. Potrà la notificazione omettersi ne' casi d' imminente pericolo (1) di vita di uno de'contraenti. Dovranno però questi giurare di non esservi alcun legittimo impedimento al matrimonio.

180. Fra i tre mesi (2) dal ritorno di un nazionale nel regno, l'atto della celebrazione del matrimonio contratto in paese straniero sarà trascritto sul registro pubblico de'matrimonj del luogo del suo domicilio (3). Art. 49.

CAPITOLO III.

Delle opposizioni al matrimonio (4).

181. Il diritto di fare opposizioni alla celebrazione del matrimonio appartiene alla persona legata in matrimonio con una delle due parti contraenti. Art. 69, 70, 155 e 216.

182. Il padre, ed in mancanza del padre, l'avo paterno e la madre possono fare opposizione al matrimonio de'loro figli e discendenti (5). Art. 163, 164, 173.

---

(1) Il codice francese, benchè non contenesse un articolo espresso, neanche vietava i matrimonii *in extremis*. Locré (2, p. 324 e 325, n. 11) riferisce la profonda discussione all'uopo avvenuta nel Consiglio di Stato, poi reassunta e corredata di gravi osservazioni da Portalis nell'esposizione de'motivi in Locré 2, p. 391, n. 40. Vedi anche Toullier t. 1, n. 650.

(2) Anche dopo i tre mesi può aver luogo la trascrizione ne'registri del matrimonio, ed in questo caso la trascrizione non può, osserva Delvincourt (lib. 1, tit. 6, nota 94) recar pregiudizio agli atti compiuti, o a'dritti cui si è dato luogo prima della trascrizione. Questa osservazione sembra ragionevole, anche sul riflesso che il progetto del codice diceva *dopo tre mesi*. La commessione del Tribunato opinò che fossero sostituite le parole *fra i tre mesi* « altrimenti si potrebbe credere che la trascrizione esatta da questo articolo può, ed anche » non dev'essere fatta che dopo spirati i tre mesi, mentre che è nell'intenzione della legge » che i tre mesi formino la dilazione durante la quale questa trascrizione deve aver luogo» Locré 2, p. 368, n. 7.

(3) L'oggetto di questo articolo è quello che il nazionale che si è maritato nell'estero, ritornando nel regno: venga a far omaggio al paese del titolo che l'à renduto marito o padre, e che naturalizzi questo titolo, facendolo iscrivere sopra un registro nazionale. Portalis in Locré 2, p. 387, n. 82.

L'art. 170 del codice francese è così concepito: « Il matrimonio contratto in paese este» ro tra nazionali, e tra un individuo nazionale ed uno straniero sarà valido, purchè sia » celebrato secondo le forme stabilite in quel paese, e purchè si siano fatte precedere al » matrimonio le pubblicazioni prescritte dall'art. 63 degli *atti dello stato civile*, e che il » nazionale non abbia contravvenuto alle disposizioni mentovate nel capitolo precedente».

Nelle nostre leggi questo articolo è stato soppresso come inutile, mentre dal complesso degli articoli 6 e 49 si rileva, che le forme prescritte dal luogo nel quale viene celebrato l'atto debbono essere osservate, e che le leggi del regno relative allo stato delle persone accompagnano ovunque il nazionale.

(4) È più espediente di prevenire il male, che non è facile di ripararlo. A che servirebbero le condizioni e le formalità relative alla celebrazione del matrimonio, se una persona non avesse azione d'impedire che fossero eluse ed infrante? Il dritto di potersi opporre ad un matrimonio è stato dunque riconosciuto utile ed anche indispensabile.

Con decreto de'10 gennajo 1827 si stabilisce che le opposizioni alla solenne promessa di matrimonio possono prodursi nel termine di giorni 15, che l'art. 68 richiede per le affissioni delle notificazioni, e nel termine de'tre giorni successivi voluti dall'art. 77 per potersi devenire alla celebrazione della solenne promessa di matrimonio. Se nel quarto giorno dopo il termine dell'affissione delle notificazioni le parti non adempiono alla solenne promessa di matrimonio innanzi all'uffiziale dello stato civile, si possono solamente dopo il periodo di tempo di sopra indicato dedurre nell'interesse privato quelle opposizioni, i motivi delle quali sieno posteriori al periodo anzidetto, unendosi all'atto di opposizione un documento giustificativo del motivo sopravveniente.

(5) I motivi che possono dar luogo ad opposizioni per parte degli ascendenti sono i se-

183. Non essendovi alcuno de'suddetti ascendenti, il fratello o la sorella, lo zio o la zia, il fratello o la sorella cugini (1) costituiti in età maggiore, non possono fare opposizioni, che ne'casi seguenti (2):

1.° quando non si sia ottenuto il consenso del Consiglio di famiglia richiesto dall'articolo 174;

2.° quando l'opposizione è fondata sullo stato di demenza (3) del futuro sposo. Questa opposizione che dal tribunale potrà puramente e semplicemente esser tolta (4), non sarà giammai ammessa, che a condizione, per parte dell'opponente, di domandare l'interdizione, e di farla ordinare nel termine che sarà fissato nella sentenza (5).

Art. 412, 413 e 415.

184. Ne'due casi preveduti nel precedente articolo il tutore o curatore, durante la tutela o cura, non potrà fare opposizioni se non sia autorizzato da un Consiglio di famiglia, che potrà convocare.

185. Ogni atto di opposizione esprimerà la qualità che attribuisce all'opponente il diritto di farlo; conterrà l'elezione di domicilio nel luogo (6) ove il matrimonio si avrà a celebrare; dovrà egualmente contenere i motivi della opposizione, a meno che non fosse fatta sulla istanza di un ascendente: il tutto sotto pena di nullità, e della interdizione dell'uffiziale ministeriale che avesse sottoscritto l'atto della opposizione.

Art. 69, 70.

---

guenti: 1.° mancanza di età, art. 152: 2.° mancanza di consenso de' contraenti per causa di demenza, di violenza e di errore art. 153 e 154: 3.° mancanza di consenso de' genitori o di coloro che debbono darlo in loro mancanza, art. 163 e 164: 4.° mancanza di permesso de'militari, decreto del 1 gennajo 1825: 5.° la tutela permanente e non ancora reso il conto, art. 157: 6.° il matrimonio preesistente, art. 155; 7.° i dieci mesi non decorsi per la vedova, art. 156: 8.° la parentela naturale, civile o mista, art. 158, 159 e 160: 9.° la inosservanza dalle formalità prescritte dagli art. 68 a 81: 10.° il voto solenne e gli ordini sacri, art. 162. Ogni altro motivo, se sospende la celebrazione della solenne promessa, non può essere accolta da'magistrati, e debb'essere rigettato.

(1) E non i nipoti, quantunque parenti in grado più prossimo de'cugini, poichè sarebbe stato contrario all'ordine della natura. Per determinare le persone cui compete il drittodi far opposizione si è avuto riguardo più alla natura de'rapporti, che alla prossimità del grado. Toullier t. 1, n. 585. Delvincourt lib. 1, tit. 6, nota 31.

(2) Il dritto di far opposizione è stato pe'collaterali limitato a'due casi qui indicati, perchè le loro affezioni più lontane sono assai più incerte; e delle volte a'motivi delle loro opposizioni si uniscono degl'interessi estranei al benessere de'due sposi. È perciò in mancanza degli ascendenti, il concorso della famiglia non è richiesto nel matrimonio che come un supplemento alla debolezza evidente dell'età o degliorgani, ne'casi solamente in cui il contraente, sia per minor età civile, sia per insufficienza riconosciuta delle sue facoltà intellettuali, lascia presumere che la sua volontà è imperfetta. Portalis e Boutteville in Locré 2, p. 388, n. 25, e p. 411, n. 13.

I parenti indicati in questo articolo possono fare opposizione insieme o separatamente, poichè la natura delle due cause che autorizzano l'opposizione rende l'alternativa indifferente. Locré 2, p. 329, n. 28.

(3) Esistono i medesimi motivi per i casi di furore o d'imbecillità. Delvincourt lib. 1, tit. 6, nota 32.

(4) A fine d'impedire che l'opponente non faccia dell'opposizione per causa di demenza, un mezzo di sospendere inutilmente il matrimonio, era necessario di esprimere nella legge, che il giudice poteva passare oltre e togliere le opposizioni, senz' attendere che abbiasi a statuire sulla domanda d'interdizione. Locré 2, p. 329, n. 29.

(5) Il ministero pubblico può anch'egli essere ammesso a fare le opposizioni, poichè è interessato a prevenire i reati, ed a prevenire l'incesto, la bigamia ec. Toullier t. 1, n. 591. Delvincourt lib. 1, tit. 6, nota 31.

(6) *Nel luogo* Defermon obbiettò nel Consiglio di Stato di Francia, che nella esecuzione questa disposizione potrebbe incontrare qualche difficoltà, perciocchè gli opponenti possono ignorare il luogo dove il matrimonio (presso di noi la solenne promessa) sarà celebrata. Gli si rispose che le pubblicazioni lo esprimono. Locré 2, p. 329, n. 31.

186. Il tribunale civile pronunzierà entro dieci giorni sulla domanda per togliersi l'opposizione.

187. Se vi è appellazione, sarà ultimato il giudizio in preferenza di ogni causa urgente (1).

188. Gli opponenti, eccettuati gli ascendenti, se l'opposizione è rigettata, potranno essere condannati al risarcimento de'danni e delle spese (2). Art. 222 p. c.

CAPITOLO IV.

Delle dimande per impugnare il contratto di matrimonio, quanto agli effetti civili.

189. Il matrimonio che nel regno delle Due Sicilie non sarà celebrato in faccia della Chiesa colle forme prescritte dal Concilio di Trento, non produce gli effetti civili nè riguardo a'conjugi, nè riguardo a'loro figli (3). Art. 67, 150, 151.

---

(1) Il ricorso per annullamento avverso le decisioni di G. Corte civile che rigettano le opposizioni al matrimonio dovea essere, come lo è, sospensivo: e come questi giudizii esigono celerità, con real decreto de'13 aprile 1828 si è stabilito che il termine per produrre ricorso per annullamento è limitato a soli 30 giorni dal dì della intimazione della decisione, e dev'essere ne'tre giorni successivi alla intimazione vistato dal cancelliere del giudicato di circondario, ove la intimazione è seguita, e notato su di un registro particolare da tenersi all'uopo dal medesimo cancelliere, e ciò a pena di decadenza. Scorsi i termini di sopra enunciati, in vista del certificato negativo del cancelliere del giudicato di circondario vistato dal giudice, potrà eseguirsi la decisione della Gran corte civile. Il ricorso poi per annullamento di unita alla spedizione o copia della decisione impugnata si deve depositare fra venti o 25 giorni, secondo che l'intimazione sia seguita in un comune compreso nell'ambito giurisdizionale della gran Corte civile di Napoli, o di Palermo, o in un comune compreso nell'ambito giurisdizionale delle altre gran Corti civili. Elasso questo termine potrà eseguirsi la decisione impugnata dietro il certificato negativo del cancelliere della corte suprema, vidimato dal presidente della stessa.

(2) Anche se l'opposizione fosse stata figlia dell'imprudenza o dell'errore, per la ragione che una opposizione mal fondata à potuto mettere un ostacolo ad una unione favorevole e legittima: vi è allora un pregiudizio, e il pregiudizio dev'essere riparato. Portalis in Locré 2, p. 388, n. 36.

(3) Il matrimonio perchè produca gli effetti civili debb'essere non solo celebrato in faccia della chiesa, ma conviene ancora che sia accompagnato dalle forme prescritte dal concilio di Trento.

I matrimonii *clandestini* sono quelli che vengono celebrati senza le dovute pubblicazioni, ovvero quando un uomo ed una donna si presentano innanzi al parroco *et coram eo invito*, ed alla presenza altresì di due testimoni dichiarano la loro ferma volontà di volersi prendere per marito e moglie. I più dotti canonisti sostengono che il matrimonio in questo ultimo modo celebrato sia anche valido, poichè il difetto della benedizione non influisce alla validità dell'atto (*).

Il Re Ruggiero colla Costituzione *Sancimus* tit. de *matrimoniis contrahendis*, per pena dei matrimonii non celebrati solennemente e colla benedizione sacerdotale stabilì che i contraenti *neque ex testamento, neque ab intestato, habituros hæredes legittimos ex clandestino matrimonio et illicito contra nostram sanctionem procreatos, mulieres etiam dotes alias nubentibus legitime debitas non habere.*

Il rigore di questa Costituzione che dichiarava privi degli effetti civili il matrimonio clandestino fu temperato con la prammatica pubblicata a'tempi del conte Daun viceré del regno, e propriamente nel dì 17 ottobre 1718. Per effetto della prammatica in parola furono ripetuti i divieti contro i matrimonii senza le forme de'sacri canoni, sotto pena, non già di essere improduttivi degli effetti civili, ma di ducati 2000 se i contraenti erano nobili, e di

---

(*) Van Espen de jur. eccles. parte 2, sez. 1, tit. XII. §. 26. Natale d'Alessandro Theolog. dogmat. et moral lib. 2, de matrim. cap. 2, art. 2, reg. 19.

Non gli produce egualmente, se sarà celebrato in faccia della Chiesa, senza che sien preceduti gli atti necessarj che si enunciano dall'art. 68 all'art. 81 (1). I giudici competenti degli effetti civili sono i tribunali ordinarj.

Art. 47, 79, 80. 190. Nulladimeno se non si presentano gli atti legittimi del matrimonio (2), eccetto il caso preveduto dall'articolo 48, ed esistono figli di due persone che abbiano pubblicamente vissuto come marito e moglie, e sieno morti ambedue (3), la legittimità de'figli non potrà essere impugnata pel solo pretesto che manchino gli atti legittimi del matrimonio, qualora la stessa legittimità sia provata da un possesso di stato, che non sia in opposizione coll'atto legale di nascita (4).

Art. 241 e 243.

mille se ignobili, oltre una pena corporale da stabilirsi ad arbitrio, tanto contro i contraenti che i testimoni che avessero assistito al matrimonio clandestino. *Pram. de matrim. clandest.*

Il codice attuale à per i matrimonii clandestini adottato il rigore della Costituzione di Ruggiero, privandoli degli effetti civili; e con decreto del dì 25 settembre 1828 si è ancora aggiunta una pena di prigionia, non minore di un anno, nè maggiore di due, da espiarsi in un ritiro dalle donne, e nelle prigioni correzionali dagli uomini. I testimoni che ànno assistito alla clandestina contrattazione vanno soggetti alla medesima pena. L'azione penale si esercita di uffizio dal pubblico ministero.

È necessario l'osservare che la legge riconosce i matrimonii, che col permesso de'superiori ecclesiastici si celebrano in segreto *coram parocho et testibus*, ma senza far precedere le pubblicazioni e senza notarsi nel solito libro de' matrimonii; e ciò per farsene un arcano e palesarsi a tempo opportuno. Benedetto XIV con la bolla che comincia *satis vobis* de'17 settembre 1741, volle accuratamente prescrivere le forme da osservarsi nel contrarre simili matrimonii. Desse sono: 1.° Che si dovesse permettere la celebrazione del matrimonio, quante volte concorresse qualche grave ed urgente cagione: 2.° Che il Vescovo dovesse destinare all'uopo uno de' parochi de'futuri sposi, ovvero *ex gravi causa*, qualche altro sacerdote di sperimentata probità e dottrina, il quale fosse tenuto ad ammonire i futuri sposi de'loro doveri verso de' figli procreandi: 3.° Che il Vescovo dovesse tenere due registri ben chiusi e sugellati, da custodirsi nella curia Vescovile, in uno de'quali dovessero notarsi siffatti matrimonii, e nell'altro la nascita ed il battesimo dato a' figli; ch'entrambi tali registri non si dovessero aprire se non per notare simili matrimonii e gli atti di nascita, e quando un dovere di giustizia lo esigesse, ovvero quante volte gl'interessati ne chiedessero un documento in difetto di altri mezzi di pruova: 4.° Che in fine il padre o in di lui difetto la madre fra il termine di 30 giorni dovesse denunziare al Vescovo i figli procreati da tal matrimonio, altrimenti si rompesse la fede del silenzio, e si divulgasse il matrimonio per salvare i dritti de'terzi.

Questa bolla fu ricevuta nel regno sotto il governo di Carlo III, munita di *regio exequatur* a' 30 marzo 1742 con la clausola salutare *salvis tam majestatis juribus quoad effectus civiles ejusmodi matrimonii*, ossia non producente il matrimonio effetti civili. Gatta raccolta de'dispacci tit. XIII. dispaccio 11, t. 1.

Dopo la pubblicazione delle nuove leggi si è dichiarato con sovrano rescritto de'30 maggio 1823, che la bolla *satis vobis* é in pieno vigore nel regno; ma che i matrimonii di coscienza non producono gli effetti civili. Quindi il real decreto de' 25 settembre 1828 non è applicabile a questi matrimonii, com'è espressamente disposto nell'art. 11 del medesimo decreto.

(1) Sarebbe una sterile severità pretendere la privazione degli effetti civili del matrimonio solo perchè si fosse omessa qualche formalità che non vizia la pubblicità della solenne promessa. Quando la solenne promessa è stata preceduta dalle notificazioni, e ricevuta dall'uffiziale competente in presenza di quattro testimoni, il voto della legge è adempito.

(2) Inscritti nel registro dello stato civile nel modo indicato dall'art. 79. La regola è talmente rigorosa, che lo stesso possesso di stato non può dispensare i pretesi conjugi dal presentare l'atto della celebrazione del matrimonio, per la ragione ch'essi non possono ignorare il luogo in cui si sono congiunti in matrimonio. Toullier t. 1, n. 595.

(3) O se uno di essi essendo vivente sia nello stato di demenza o d'impossibilità di manifestare il luogo del suo matrimonio: Maleville su questo art. e Toullier t. 2, n. 877.

La presentazione dell'atto del matrimonio è indispensabile durante la vita di uno de'due conjugi, perchè essi non possono ignorare il luogo in cui si sono sposati; ma dopo la loro morte il possesso di stato che ànno avuto basta per istabilire la legittimità de' figli, da' quali non si può esigere che conoscano le circostanze del matrimonio de'loro genitori.

(4) Si discusse a fondo nel Consiglio di Stato di Francia, e fu rigettata la proposizione di obbligare i figli a provare il possesso di stato con degli atti sia pubblici sia privati. Locré

191. Il matrimonio che è stato dichiarato nullo dall'autorità ecclesiastica, può produrre ciò non ostante gli effetti civili relativamente a'figli (1), allora quando sia stato contratto in buona fede (2).

Non vi è buona fede, quando il matrimonio non sia stato celebrato innanzi a persona ecclesiastica, che le due parti o almeno una di esse crederà essere il proprio paroco, o dal paroco autorizzata (3).

I tribunali civili saranno i giudici competenti della buona fede (4).

2, p. 355, n.20—In conseguenza di questa discussione e dell'idea manifestata nel Consiglio, Portalis nell'esporre i motivi disse che « basta per i figli che il possesso di stato del loro padre e della loro madre nella qualità di conjugi sia enunciato nel loro atto di nascita: questo atto è il loro titolo. È nell'istante di questo atto che la patria li ha marcati col suggello delle sue promesse; è sotto la fede di questo titolo, che ànno sempre esistito nel mondo; è con questo atto che possono prodursi e farsi riconoscere; è questo atto che comprova il loro nome, la loro origine, la loro famiglia; è questo atto che loro dona una città, e che li mette sotto la protezione delle leggi del loro paese. A che bisognerebbe loro di rimontare ad epoche che loro sono estranee? Potevano eglino provvedere al loro interesse, quando non peranche esistevano? Il loro destino non è irrevocabilmente fissato dall'atto iscritto nei registri che la legge stessa à stabiliti per comprovare lo stato de'cittadini, e per divenire, per così dire, il libro de'destini? Locré 2, p. 394, n. 55.

Si scorge dalle riferite parole che quando un figlio è stato inscritto come figlio legittimo, e sieno morti ambedue i genitori, Portalis pare che trovi nella legge della quale espone i motivi, una disposizione che garentisce lo stato di questo fanciullo da qualunque attacco. Ma osserva giudiziosamente Merlin (rep. v. *legitimité* sez. 1, §. 2) che non bisogna ingannarsi nell'opinione di questo giureconsulto oratore. Sol perchè Portalis non fa nel citato discorso, ch'esporre i motivi della legge, non può considerarsi che dica il contrario di ciò che dice la legge stessa. Ora l'art. 190 limita la sua disposizione *a' figli di due individui* che, non solamente sono *tutti due morti*, e di cui non si può rintracciare l'atto di matrimonio, ma ànno benanche, prima della loro morte, *vivuto pubblicamente come marito e moglie*. Esso non dispensa dunque dall'esibizione dell'atto di matrimonio di suo padre e di sua madre morti, che il figlio, i di cui genitori, sieno stati fino alla morte di ciascuno di essi, nel possesso pubblico dello stato di marito e moglie. L'è dunque a questo possesso pubblico che il figlio deve, indipendentemente dal suo atto di nascita che lo annunzia come legittimo, la presunzione legale di cui trattasi.

Toullier (t.2, n.877) osserva del pari che l'atto di nascita ch'enunciasse la filiazione e la legittimità, non basterebbe per istabilire la legittimità del figlio, se malgrado il suo possesso nello stato di figlio legittimo, non provasse, in mancanza dell'atto di celebrazione del matrimonio de'suoi genitori, ch'essi ànno vissuto pubblicamente come marito e moglie. Così decise ancora la Corte reale di Parigi a'9 marzo 1811, in Sirey 2, p. 95.

Dal complesso dell'art. si può dunque dedurre che i figli per provare la loro legittimità non sono obbligati di presentare l'atto di celebrazione del matrimonio de'loro genitori, che sotto tre condizioni; 1.° che sieno ambidue i genitori morti; 2.° che sievi possesso di stato da parte del padre e della madre, ossia che abbiano pubblicamente vissuto come marito e moglie; 3.° che l'atto di nascita de'figli sia uniforme a questo possesso, ossia che i figli sieno inscritti come figli legittimi.

(1) Nati prima che il matrimonio sia dichiarato nullo, secondo Proudhon t. 2, p. 5 e 6. Toullier trova eccesso in questa opinione, e pensa che in alcuni casi i conjugi vengono in chiaro della nullità prima della sentenza, e quindi i figli nati dopo questa conoscenza sarebbero esclusi dal beneficio nell'art. indicato; t. 1, n. 656.

(2) Il matrimonio annullato, ma che uno de'conjugi almeno à creduto legittimo, viene chiamato da'dottori *putativo*, ch'Erzio definisce così: *matrimonium putativum est quoad solemniter* et *bona fide, saltem opinione juxta unius conjugis contractum, inter personas jungi vetitas consistit*. Quindi è che tre condizioni sono necessarie per attribuire gli effetti civili al matrimonio putativo; *buona fede, solennità dell'atto, errore scusabile*. Toullier t. 1, n. 655.

(3) Non vi è chi tra noi ignori che per la celebrazione del matrimonio è necessaria la presenza del paroco o chi da lui autorizzato. La mancanza quindi della presenza del paroco non solo esclude la buona fede, ma annulla il matrimonio.

(4) Furono presso di noi acerrime le dispute tra il foro ecclesiastico e secolare per la cognizione delle cause matrimoniali, dispute che dettero luogo al dispaccio de 15 marzo 1762, col quale si ordinò che il solo giudizio della validità, o nullità degli sponsali o del matrimonio fosse di cognizione del giudice ecclesiastico, e che nelle altre cause procedesse il giudice laico. Gatta t. 1, parte 1, tit. XII, 5—Questa disposizione è stata rivocata coll'art.

192. Se non vi è la buona fede che per parte di uno de'conjugi, il matrimonio non produce gli effetti civili, se non in favore del medesimo conjuge e de'figli nati (1) dal matrimonio.

CAPITOLO V.

Delle obbligazioni che nascono dal matrimonio.

193. I conjugi contraggono (2) col solo fatto del matrimonio l'obbligazione di nutrire, mantenere ed educare i loro figli. Però il padre è tenuto in primo luogo, quindi l'avo o proavo paterno, ed in sussidio la madre.

194. Il figlio non ha azione contra il padre e la madre per obbligargli a fargli uno stabilimento a causa di matrimonio, o per qualunque altro titolo (3).

Art. 1353 e 1358. La figlia ha diritto di esser dotata dal padre; in difetto dall' avo paterno; quindi dalla madre (4).

---

20 del concordato sanzionato a' 21 marzo 1818, e cogli art. 155 e 191 leg. civ. l'ultimo de'quali restringe la competenza del giudice civile alla sola quistione della buona fede per le conseguenze civili.

(1) Gli effetti della buona fede si estendono a'figli nati prima del matrimonio putativo? O in altri termini, il matrimonio putativo opera la legittimazione de'figli nati dal commercio illecito che le parti ànno avuto insieme in un tempo in cui avrebbero potuto validamente congiungersi in matrimonio? L'affermativa è stata sostenuta da moltissimi dottori antichi, specialmente pel motivo, che se il matrimonio putativo rende legittimi i figli nati da questo matrimonio, sarebbe ingiusto che quelli nati prima rimanessero illegittimi, mentre la celebrazione del matrimonio purga la macchia del commercio illecito. Altri dottori sostennero con solidi argomenti la negativa, perciocchè il matrimonio putativo legittima i figli a'quali dà l'esistenza a cagione della buona fede delle parti o di una di esse: e come non può esservi stata buona fede nel concubinato anteriore, i figli che ne sono provenuti, non meritano che si devii, in loro favore, dalla regola che reputa illegittima qualunque persona nata fuori matrimonio. Rep. v°. *legitimation* sez. 2, §. 2.

Sotto l'impero del codice pare che questa ultima opinione sia preferibile, per la ragione che la legittimazione per susseguente matrimonio à luogo quando il matrimonio è valido, *conjugium legitimum*, come si esprime la l. 5 cod. *de naturalibus liberis*. Il dritto canonico si spiega presso a poco nello stesso modo: *tanta est vis matrimonii, ut qui antea geniti sunt, post contractum matrimonium, legitimi habeantur*. Vi vuol dunque un matrimonio che abbia della forza, *tanta est vis matrimoni*; un matrimonio che formi de' veri legami perchè produca l'effetto di legittimare i figli nati anteriormente alla sua celebrazione. Per il che se il matrimonio susseguente legittima i figli nati prima della sua celebrazione quando è valido (art. 253), esso non può produrre gli effetti medesimi quando è nullo. Questa opinione sostenuta da Toullier t. 1, n. 657, e t. 2, n. 934, è consona al testo dell'art. che dice figli *nati* dal matrimonio. Delvincourt (tit. 6, nota 119) per altro si sforza di dimostrare per vedute di umanità che la medesima disposizione deve correre pe'figli nati *prima* del matrimonio.

(2) *Unitamente* aggiungeva l' art. 203 del codice francese. Questa parola è stata soppressa nel nostro articolo per coordinare le disposizioni in disamina con i principii della patria potestà. Adottandosi quindi la massima della *l. 5, ff. de agnos. et alen. lib.* si è con la seconda parte dell'articolo ammessa una gradazione, cioè che il padre è tenuto in primo luogo ad alimentare i figli, in secondo l'avo paterno, ed in sussidio la madre.

(3) Concorda questo primo comma dell'art. con l'art. 204 cod. franc.

(4) Nella compilazione del codice francese si discusse a fondo se l'azione autorizzata dal capitolo 35 della legge *Julia* per effetto della quale la figlia avea azione contro suo padre per ottenere una dote, dovea essere conservata. Il processo verbale presenta delle utili e gravi osservazioni, e mostra che si posero tra le altre cose in esame i motivi della legge *Julia*—Maleville sostenne nel consiglio, che l'oggetto della legge *Julia* era di favorire i matrimonii, ed all'uopo invocò l'autorità di Montesquieu—Tronchet e Portalis esposero al contrario che lo scopo della legge *Julia* era quello di temperare la durezza della potestà paterna, e diedero per prova della loro proposizione, che la legge non accordava azione contro la madre per obbligarla a fornire una dote.

195. I figli sono tenuti a somministrare gli alimenti a'loro genitori ed agli ascendenti i quali ne sieno bisognosi.

196. Le obbligazioni risultanti da queste disposizioni sono reciproche.

197. I fratelli e le sorelle impotenti a procacciarsi il vitto per vizio di corpo o debolezza di spirito, han diritto a chiedere gli alimenti da'loro fratelli e sorelle (1).

198. Gli alimenti non saranno accordati, se non in proporzione del bisogno di chi li dimanda, e delle sostanze di chi li dee somministrare.

199. Quando quegli che somministra, o quegli che riceve alimenti, sia ridotto ad uno stato tale in cui l'uno non possa più somministrarli, o l'altro non ne abbisogni più in tutto o in parte, se ne può domandare l'assoluzione o la riduzione.

200. Se la persona che dee somministrare gli alimenti, giustifica di non poter pagare la pensione alimentaria, il tribunale con cognizione di causa potrà ordinare che la detta persona riceva nella propria casa, nudrisca e mantenga quello al quale essa dee gli alimenti (2).

Due considerazioni però fecero adottare il sistema del dritto consuetudinario, secondo il quale *non dota chi non vuole:* 1.° Che la Francia all'epoca della compilazione del codice trovandosi governata da due sistemi opposti, bisognava scegliere tra questi due sistemi: or il dritto consuetudinario reggeva la maggiorità della Francia; 2.° Che la durezza de'padri verso le figlie è un caso raro, ed in qualche maniera un'eccezione all'ordine naturale delle cose. Non bisognava armare le figlie contro il padre, e l'azione della dote sarebbe divenuta un mezzo d'imbarazzare e di rompere le speculazioni del padre, il quale perchè qualche volta non avrebbe voluto acconsentire ad un matrimonio indiscreto, si troverebbe nell'alternativa di dare la dote o di esporre al pubblico il bilancio de'suoi affari; che del resto i padri barbari non sono la massa de'padri, ed è più ordinario ch'essi amano le loro figlie, che non sieno riamati.

Ma Maleville e Cambacérès non mancarono di replicare agli esposti argomenti, e di dimostrare all'evidenza la necessità di obbligare i padri a dotare le figlie. Eh! Che diverrebbero, eglino dicevano, le figlie, se per capriccio o per un sordido interesse un padre si opponesse costantemente al loro mantenimento? Esse si potrebbero prostituire, vendicarsi in pregiudizio de'costumi e ad onta delle famiglie. Si sa bene che questi casi debbono essere rari, ma basta che esistino perchè la legge debba provvedervi—E replicando alla obiezione che la legge *Julia* non avea per oggetto il favore de'matrimonii, si mostrò con l'autorità di Domat l'affermativa, mentre anche le madri erano tenute in sussidio a dotare le figlie. Inoltre non si disconveniva che i padri doveano gli alimenti, e questa obbligazione va fino a maritare le figlie, perchè esse non possono stabilirsi che col matrimonio, mentre che i figli si stabiliscono in altra maniera—Cambacérès rispondendo alla difficoltà di Portalis della depravazione de'costumi, e che la massa de'padri non è barbara, fece osservare che la depravazione de'costumi è presso i padri, come presso le figlie: è ordinariamente presso le figlie perchè è presso i padri; e perciò conchiuse, che essendosi fissato il principio che i padri debbono gli alimenti a'loro figli, bisognava ritenere le disposizioni della legge *Julia*. Da ultimo sulla obiezione che il padre costretto a dar la dote dovea rendere pubblico il suo bilancio, rispose che una tale obiezione tornerebbe contro l'obbligazione di fornir gli alimenti, poichè per costringere il padre a questi alimenti, bisognava prendere conoscenza dello stato di sua fortuna. Locré 2, p. 338 a 341, n. 17 e 18.

La esposta discussione rende ragione del motivo per cui le nostre leggi sono ritornate alle disposizioni del dritto romano.

(1) L'art. 206 del codice francese conteneva l'obbligo di alimentare i generi e le nuore, e reciprocamente il suocero e la suocera. Le nostre leggi mentre non ànno ripetuto quest'obbligo, àn creduto espediente di sanzionarne uno verso i fratelli e sorelle cui si è ligato con istretto vincolo di sangue.

(2) Per la legge del 17 ottobre 1836, questo art. deve leggersi così: « Gli alimenti da' » discendenti agli ascendendi o da un collaterale all'altro saranno dovuti in pensione. Se » però la persona che vi è tenuta giustifichi di non poter pagare la pensione, il Tribunale » con cognizione di causa potrà ordinare che la medesima riceva nella propria abitazione, » nudrisca e mantenga quello al quale sono dovuti gli alimenti.

» I discendenti riceveranno gli alimenti in casa de'loro ascendenti, se pure a costoro non » piaccia di somministrarli in pensione. Potranno riceverli in pensione quando per gravi » motivi così venga ordinato dal Tribunale.

CAPITOLO VI.

De' diritti e de' rispettivi doveri de' conjugi.

201. I conjugi hanno il dovere di reciproca fedeltà, soccorso, assistenza.

202. Il marito è in dovere di proteggere la moglie; la moglie di dipendere dal marito.

203. La moglie è obbligata ad abitar col marito (1), ed a seguirlo ovunque egli crede opportuno di stabilire la sua residenza (2). Il marito è obbligato a riceverla presso di se, ed a somministrarle tutto ciò che è necessario a'bisogni della vita, in proporzione delle sue sostanze e del suo stato.

204. La moglie non può stare in giudizio senza l'autorizzazione del marito, quando anche ella esercitasse pubblicamente la mercatura, o non fosse in comunione, o fosse separata di beni (3). Art. 212, 2109 ll. cc., e 23 p. c.

(1) Presso cui à il domicilio, art. 113.

(2) Anche in paese straniero, come fu deciso nel Consiglio di Stato di Francia. Si domandò come potevasi forzare la moglie a seguire il marito, quando non voleva acconsentirvi: si rispose che il marito le farebbe un avvertimento di seguirlo, e s'ella persistesse nel rifiuto sarebbe reputata di averlo abbandonato. Si ripigliò nel Consiglio che sarebbe necessario un giudicato contro la moglie, e l'indicazione del modo di eseguirlo: si replicò che il marito cesserebbe di dare gli alimenti. In una parola si risolse che tutte queste difficoltà debbono essere abbandonate a'costumi ed a'Tribunali. Locré 2, p. 344, n. 32.

(3) La necessità dell'autorizzazione maritale non à per causa unica il potere del marito, come si è pensato da taluni, ma ancora l'interesse comune de'duo conjugi e de'figli. È questo il principio delle disposizioni delle leggi civili. Pothier *de la puissance maritale*, n. 3; Merlin, répert. v. *autorisation maritale* sez. 2; Toullier t. 2, n. 618; Vazeille *du mariage*, n. 300.

Oggi l'autorizzazione del marito non è altra cosa che il consenso ch'egli dà ad un atto che la moglie non potrebbe validamente fare senza di lui. Il codice esige l'espressione di questo consenso, art. 206, e si contenta anche del concorso del marito nell'atto; cio è a dire, basta che il consenso sia tacito. Merlin rep. v. *autorisation maritale* sez. 6, §. 5; Toullier t. 2, n. 618; e Duranton t. 2, n. 443.

Da questi principî segue che la moglie non può stare in giudizio nè da attrice nè da rea convenuta; così che quando la moglie è citata, dev'essere messo nel tempo stesso in causa il marito, sotto pena di nullità della citazione. Cass. 7 ottobre 1811, e 21 marzo 1812 (Giurisprudenza del cod. civ. t. 18, p. 88). Cass. di Napoli 25 giugno 1813 e 18 settebre 1817 (Supp. alla coll. t. 1, n. 68 e 69). E se si fosse cominciato un giudizio da una donna prima di maritarsi o da altri contro di lei, bisognerebbe, per continuarlo dopo il matrimonio, che costei fosse autorizzata da suo marito o dal giudice. Mal. su questo art. e Toull. t. 2, n. 620.

Da ciò le seguenti conseguenze:

1.° Che una sentenza in prima istanza ottenuta contro la moglie non autorizzata non passa in giudicato contro di lei; se in ultima istanza, compete il ricorso civile per violazione di forma richiesta a pena di nullità, art. 544 n. 2, proc. civ. E se la moglie avesse opposta questa nullità, e la corte non l'avesse accolta, compete in questo caso il ricorso per cassazione. Delvincourt lib. 1, tit. 6, nota 151.

2.° Che il marito potrebbe sperimentare l'opposizione di terzo contro il giudicato ottenuto contro la moglie non autorizzata. Delvincourt ibid. E come la legge non à determinato un termine per la terza opposizione, questa è ricevibile nello spazio di tempo necessario per la più lunga prescrizione. Vazeille n. 379.

3.° Che il reo convenuto da una donna non autorizzata potrebbe domandare la nullità della citazione. Imperciocchè la regola stabilita negli art. 214 e 1079 di non potersi la nullità opporre che dal marito, dalla moglie e suoi eredi si applica a contratti, per la confezione de'quali il contraente è libero, ma ne'giudizi il reo convenuto non può essere forzato a fare un contratto nullo; e se gli si negasse il dritto di domandare la nullità della citazione sarebbe esposto a tutti gli eventi contro di lui; poichè se la sentenza fosse in suo favore non potrebbe profittarne, essendo il marito e la moglie i padroni di farla annullare quando loro parrebbe. Delvincourt ibid.

205. L'autorizzazione del marito non è necessaria, allorchè la moglie è sottoposta ad inquisizione criminale o di polizia (1).

206. La donna, ancorchè non sia in comunione, o sia separata di beni, non può donare, alienare, ipotecare, acquistare a titolo gratuito o oneroso, senza che il marito concorra all' atto, o presti il suo consenso in iscritto (2). Art. 264, 693, 737, 821, 858, 984, 1368, 1369, 1389, 1397, 1399, 1413.

Nondimeno sarà valida, anche senza autorizzazione del marito, la donazione che la moglie farà ad alcuno de'figli comuni, o procreati da lei con altro antecedente matrimonio (3).

4.° Che in quanto alle liti promosse dalla moglie o contro di lei, l'autorizzazione che il marito dà alla moglie di stare in giudizio, produce l'effetto, che la condanna alle spese, pronunziata contro la moglie, può essere eseguita su'beni della comunione, ed anche su quelli del marito. Lo stesso non à luogo, se la moglie è stata autorizzata dal giudice. Toullier t. 2, n. 658. *Proudhon de l'usufruit* t. 2, n.° 1776; Duranton, n. 461; Vazeille, n. 369— Nulladimeno se gli sposi sieno separati di beni, ed il marito non è chiamato che per autorizzare la moglie, senza avere alcun interesse alla lite, l'autorizzazione ch'egli dà, è solamente una formalità che la legge esige come un omaggio alla potestà maritale, e quindi le condanne alle spese non possono eseguirsi su'beni del marito. Carré sull'art. 130 proc. franc. (uniforme all'art. 222. leg. di proc. civ.), questione 548.

(1) Per la ragione che l'autorità del marito disparo avanti quella della legge, e la necessità della difesa naturale dispensa la donna da tutte le formalità. Portalis in Locré 2, p. 397, n. 64.

(2) Quest'autorizzazione del marito è sufficiente per autorizzare la donna ad obbligarsi verso i terzi, anche nell'interesse del solo marito. Duranton t. 2, p. 361, n. 471: Vazeille, n. 306.

Ma la medesima autorizzazione è sufficiente per abilitare la donna a contrarre una obbligazione personale verso suo marito? Appigliandosi alla massima che *nemo potest esse auctor in rem suam*, la corte di cassazione di Parigi con arresto de'14 febbraio 1810 (Sirey 1 parte, pag. 189) decise per la negativa, e Duranton t. 2, n. 471, e Vazeille n. 306 ànno seguito questa dottrina. Ma Delvincourt con solidi argomenti (lib. 1, tit. 6, nota 154) à dimostrato che la massima invocata stabilita per la tutela, non può estendersi alla società conjugale; e questa opinione tanto maggiormente è preferibile, in quanto che la nuova legislazione proscrive la incapacità legale di cui per effetto delle antiche ordinanze di Francia erano colpiti i conjugi di far contratti tra loro. Che se la obbligazione della donna, celata sotto forma di un contratto oneroso, contiene una donazione, può esser sottoposta alla rivocabilità, e non già mena alla nullità del contratto; art. 1051 e 1440: Toullier t. 5, n. 203, e t. 12, n. 41.

(3) La regola generale che la moglie non può contrattare senza l'autorizzazione del marito va soggetta alle seguenti altre eccezioni:

1.° La donna separata di beni giudiziariamente o per contratto è dispensata dall'autorizzazione maritale per tutto ciò che concerne l'amministrazione de'suoi beni mobili ed imbili, il godimento delle sue rendite, e la disposizione de'mobili; art. 1413.

2.° La donna à la libera amministrazione de'beni parafernali; art. 1389.

3.° Non à bisogno di essere autorizzata per accettare una donazione fatta a suo figlio minore, perchè agendo nell'interesse di suo figlio, non si obbliga personalmente: art. 859, Toullier t. 2, n. 630, e t. 5, n. 198; Delvincourt t. 2, p. 261—Per altro questa proposizione è controvertita da Grenier *donations*, n. 64.

4.° Può prendere iscrizione contro il marito, e trascrivere la donazione ad essa fatta; art. 2026, 864, 2094 e 2096.

5.° Può essere scelta per mandataria; ma gli atti fatti da lei in questa qualità obbligano solamente il suo committente, il quale non à azione contro di lei, quando non è stata autorizzata dal marito; art. 1862.

6.° È valida l'obbligazione contratta per mutuo dalla donna maritata e non autorizzata, se è provato che le somme si sono convertite in suo vantaggio, o in quello di suo marito o de'suoi figli. *Neminem aequum est cum alterius detrimento locupletari;* l. 20, ff. de R. J; art. 1194 e 1266.

7.° Le obbligazioni che secondo l'art. 1324 si formano senza convenzione e che derivano da un fatto personale della donna: tali sono le obbligazioni che derivano da'quasi contratti, e da'quasi delitti; Toullier t. 11, n. 39; Duranton t. 2, n. 496.

8.° E le obbligazioni che derivano dalla tutela e curatela dalla madre esercitata nell'interesse de'figli; art. 317, e 365.

207. Se il marito ricusa di autorizzare la moglie a stare in giudizio, può il giudice autorizzarla (1).

208. Se il marito ricusa di autorizzare la moglie a qualche atto, questa può far citare direttamente il marito innanzi al tribunale civile, il quale può accordare o negare la sua autorizzazione, dopo che il marito sarà stato sentito, ovvero legalmente chiamato alla camera del Consiglio.

Art. 959 e seg. p. c.

209. La moglie, esercitando pubblicamente la mercatura, può senza l'autorizzazione del marito contrarre obbligazioni per ciò che concerne il suo negozio: e nel detto caso ella obbliga anche il marito, se vi è comunione tra essi (2).

Art. 1397 ll. cc.; 8, 9 e 11 ll. di eccez.

La moglie non si considera esercitar pubblica mercatura, se non fa che vendere a minuto le mercanzie del traffico di suo marito (3); ma è considerata tale quando ella esercita un traffico separato (4).

210. Allorchè il marito è condannato ad una pena afflittiva o infamante, quantunque in contumacia, la donna anche di età maggiore non può, mentre dura la pena, stare in giudizio, nè fare contratti, senza averne impetrata l'autorizzazione dal giudice, il quale può in questo caso accordarla, benchè il marito non sia stato sentito o chiamato.

211. Se il marito è interdetto (5) o assente (6), il giudice può in questo caso con cognizione di causa autorizzar la moglie tanto a stare in giudizio, quanto a fare contratti.

Art. 125 e 425.

212. Ogni autorizzazione data in genere, ancorchè stipulata nel contratto di matrimonio, non può esser valida se non relativamente all'amministrazione de' beni della moglie (7).

Art. 1342.

Non è da omettersi che vi sono delle obbligazioni per le quali la moglie à il mandato tacito del marito. Tali sono gli atti di leggiera amministrazione e le riparazioni urgenti che la moglie fa in assenza del marito. Del pari la moglie à il mandato tacito di fare le provvisioni, secondo le circostanze, per la casa. Merlin répert. v. *autorisation maritale*, 5, 7; Toullier t. 12, n. 261 e seg. Duranton t. 2, n. 484 e seg.

(1) Gli atti che la moglie à fatti senza il consenso del marito benchè coll'autorità del giudice, non obbligano i beni della comunione giusta l'art. 1397, purchè non sieno fatti per liberare il marito dalla prigione o per lo stabilimento de' figli comuni, art. 1398, o per altr'oggetto che sia stato di profitto alla comunione medesima; art. 1194 e 1266.

(2) Benvero risulta dalla discussione del Consiglio di Stato, che il marito non è in alcun caso soggetto all' arresto personale a ragione delle obbligazioni che à contratte la moglie; ma i beni della comunione vi sono indefinitivamente obbligati. Locré 2, p. 346, n. 38; Toullier t. 2. n. 639.

(3) E tutto ciò ch'ella fa con questo titolo non la obbliga personalmente, senz'un'autorizzazione speciale; obbliga bensì suo marito, il quale si reputa fare per mezzo di lei tutti gli atti, tutt'i contratti che suole permetterle. Il marito è allora obbligato in virtù del mandato tacito che risulta dalla sua tolleranza o dal suo permesso. Toullier t. 2, n. 640 a 643.

(4) Suo marito autorizzandola ad esercitare un commercio separato, si presume averla autorizzata a fare tutti gli atti senza de' quali questo commercio non può aver luogo.

(5) Se il marito non è interdetto, ma è semplicemente provveduto di un consulente giudiziario, spetta a lui di dare l'autorizzazione. Duranton t. 2, n. 506.

(6) Non è indispensabile che vi sia assenza presunta o dichiarata, ma basta che il marito non sia sul luogo. Si disse nel Consiglio di Stato che de' casi urgenti possono rendere l'autorizzazione istantanea; e l'obbligazione imposta al giudice di non accordarla che con cognizione di causa, impedisce l'abuso. Locré 2, p. 346, n. 40. Toullier t. 2, n. 651.

(7) Ben è inteso che la procura generale che il marito dà alla moglie, partendo per un viaggio di lungo corso, ha tutto il suo effetto in quanto a' poteri che contiene, non solo per amministrare i beni del marito e della comunione, ma benanche per alienare o ipotecare questi beni, perchè allora la moglie opera in qualità di mandataria; ma in quanto ai beni particolari della moglie, questi poteri possono valere per gli atti di amministrazione, non già per gli atti di alienazione, purchè la procura non contenga una clausola speciale con cui sia la moglie autorizzata ad alienare determinati stabili, di prendere a mutuo una determinata somma. Toullier t. 2, n. 644.

213. Se il marito è in età minore, l'autorizzazione del giudice è necessaria alla moglie tanto per istare in giudizio, quanto per far contratti (1). Art. 2109.

214. La nullità appoggiata alla mancanza di autorizzazione non può opporsi che dal marito, dalla moglie, o da'loro eredi (2). Art. 1079, 1258, 1266.

---

(1) Come potrebbe in vero il marito autorizzare la moglie, quando à egli medesimo bisogno di autorizzazione?

Se i due coniugi sono minori, trovandosi ambedue emancipati, art. 399, la moglie può fare coll'autorizzazione del marito gli atti permessi dall'art. 404 al minor emancipato. Riguardo agli atti di alienazione e giudiziarii, la moglie dev'essere assistita da un curatore ed autorizzata dal consiglio di famiglia, art. 405 e 406. Lo stesso si dica se la moglie è minore, ed il marito maggiore. Delvincourt lib. 1, tit. 6, nota 159.

(2) La mancanza di autorizzazione ne'casi in cui è richiesta, produce la nullità dell'atto, ancorchè per effetto della convenzione questi atti cominciassero ad eseguirsi dopo lo scioglimento del matrimonio. Pothier, *de la puissance maritale*, n. 48; Toullier t. 2, n. 659.

Poco importa che la donna abbia falsamente enunciato nell'atto di essere autorizzata dal marito; perciocchè ella non è meno ammessibile a prevalersi della nullità dell'atto; arg. dell'art. 1261.

Quid, se la donna abbia contrattato senza dirsi autorizzata, quantunque esista un contratto di autorizzazione? Secondo Pothier, n. 74, e Toullier, t. 2, n. 647, il contratto è nullo, per la ragione che sarebbe lo stesso che non esistesse atto di autorizzazione, o che la moglie non ne facesse uso. Ma Duranton t. 2, n. 451, osserva che questa ragione non sarebbe applicabile al caso in cui l'atto di autorizzazione sarebbe annesso all'atto che viene dalla donna stipulato, nè a quello in cui ella l'avrebbe rilasciato in potere del terzo.

Allorchè la donna maritata abbia contrattato come nubile o come vedova l'atto non cesserebbe di esser nullo, altrimenti dipenderebbe dalla donna maritata di darsi una capacità che non à. I terzi debbono conoscere la capacità di colei con la quale contrattano: *qui cum alio contrahit, debet esse gnarus conditionis ejus cum quo contrahit*. Ma se la donna passasse nel luogo del suo domicilio per donzella o per vedova, così che il suo matrimonio non fosse conosciuto, sarebbe il caso di applicare la legge *Barbarius Philippus, ff. de offic. praet.* su cui è fondata la massima *error comunis jus facit*. Pothier n. 28, 53 e 54, Merlin, v. *Autorisation marit.* sez. 7, n. 19. Toullier 2, n. 622 e 623. Duranton 2, n. 462, e 495. Vazeille n. 312.

Dicasi lo stesso se la donna per ingannare i terzi presentasse un falso atto di autorizzazione: in questo caso si renderebbe colpevole di scrocco e di falsità, e diverebbe per conseguenza personalmente obbligata, poichè l'autorizzazione del marito non è necessaria quando la moglie è sottoposta ad inquisizione criminale, art. 205. I medesimi autori.

Quando la donna provoca la domanda di nullità per mancanza di autorizzazione, non à bisogno di provare la lesione. Ella differisce in ciò da'minori, art. 1259, ma la donna deve restituire ciò che à profittato dalla esecuzione del contratto, mentre *neminem aequum est cum alterius detrimento locupletari*: l. 20, ff. *de reg. jur*; art. 1266; Spetta al terzo di provare che la donna abbia ricevuto vantaggio dalla contrattazione. Toullier t. 2, n. 628. Duranton 2, n. 499 e 513.

La nullità nascente dalla mancanza di autorizzazione non è che relativa, e può essere opposta dalla moglie, dal marito e loro eredi: vedi anche art. 1079. Ma si è agitata la quistione, se la nullità fondata sulla mancanza di autorizzazione possa essere opposta da'creditori della moglie. Toullier t. 7, n. 567, sostenne sulle prime la negativa, sul motivo che questa facoltà è un dritto annesso alla persona della moglie. Merlin nella terza edizione delle *quistioni di dritto v. hypotéque*, §. 4, fece un esame profondo dell'opinione di Toullier e dimostrò che i creditori di una donna maritata possono anche dopo la di lei vedovanza, esercitare in suo nome il dritto di far annullare i contratti fatti senza autorizzazione, con la seguente distinzione: se i creditori agiscono prima che la vedova abbia ratificato, essi possono esercitarlo in suo nome e luogo. Ma essi nol possono più dopo che la donna abbia ratificato, o dopo che avendo ella medesima promossa l'azione di nullità, l'azione è stata rigettata con una sentenza in ultima istanza. I creditori adunque non ànno più allora se non l'espediente dell'azione rivocatoria contro la ratifica, provando ch'essa è stata fatta in frode de'loro dritti. Dopo che Merlin sviluppò questa dottrina con solidi argomenti, Toullier l'adottò volentieri, abbandonando la sua prima opinione, t. 7, n. 569, nota. Duranton t. 2, n. 512, e Troplong *hypotéques* 2, n. 462, ànno anch'essi abbracciato la esposta dottrina di Merlin.

La nullità nascente dalla mancanza di autorizzazione si copre con la ratifica espressa

215. La moglie può far testamento senza l'autorizzazione del marito (1).

CAPITOLO VII.

Dello scioglimento del matrimonio.

Si discioglie anche dall' autorità ecclesiastica; art. 155.

216. Il matrimonio si discioglie per la morte di uno de'conjugi.

TITOLO VI.

DELLA SEPARAZIONE DE'CONJUGI (2).

CAPITOLO I.

Delle cause della separazione.

Art. 326 II. pp.

217. Potrà il marito domandare la separazione per causa di adulterio della moglie (3).

Art. 328. II. pp.

218. Potrà la moglie domandare la separazione per causa di adulterio del marito, allorchè egli avrà tenuta la sua concubina nella casa comune.

219. Potrà la moglie domandare, col consiglio di due de'più prossimi congiunti, la separazione per causa di adulterio del marito, qualora lo stesso mantenga pubblicamente una concubina (4).

---

o tacita, art. 1292. La ratifica à un effetto retroattivo, e per conseguente la validità del contratto rimonta alla data del contratto medesimo. Merlin avea sostenuto la proposizione contraria, e nella terza edizione delle quistioni di dritto art. *hypotèque* §. 4. abbandona francamente la sua prima opinione, e confessa che il signor Toullier t. 7, n. 569 a 571, abbia bene a ragione stabilito il principio che la ratifica à effetto retroattivo. Troplong *hypotèques* t. 2, n. 501 segue questa dottrina, la quale per altro non è adottata da Grenier *des hypotèques* n. 43.

(1) Le disposizioni testamentarie non potendo aver effetto che dopo la morte, cioè a dire dopo che l' unione conjugale è disciolta, non possono offendere le leggi di questa unione. Portalis in Locré 2, p. 397, n. 70.

La consuetudine napoletana interdiceva alla moglie il far testamento senza l'autorizzazione del marito. Matteo de Afflictis *decis. napol.* 260.

(2) La separazione personale prende origine dal dritto canonico. Dessa è chiamata anche col nome di *divorzio: divortium a diversitate mentium dictum est, quia in diversas partes eunt qui distrahunt matrimonium; l. 2, ff. de divort.* Vi sono perciò due specie di divorzio: divorzio in quanto al vincolo, o divorzio in quanto alla sola abitazione a *thoro et mensa*, e che non discioglie il matrimonio. Le leggi nostre ànno ammesso per motivo di separazione le medesime cause che il codice francese avea stabilito pel divorzio.

(3) L'adulterio della moglie è il più grande oltraggio alla fede conjugale, ed à altresì l'inconveniente di poter introdurre nella famiglia figli estranei. Anche il dritto canonico permette di separarsi dalla moglie adultera.

L'azione di separazione personale per causa di adulterio non passa agli eredi del marito nel caso non l'avesse intentata, perchè a lui solo la legge concede il dritto di promuoverla; ma s'egli l'avesse istituita, i suoi eredi avrebbero il dritto di proseguirla. Tal è l'opinione de'dottori fondata sulla l. 139, ff. de R. I., in cui si dice: *omnes actiones, quae tempore aut morte pereunt, semel inclusae judicio, salvae permanent.* Pothier, *contrat du mariage*, n. 526. Delvincourt tit. 6, nota 174.

(4) Con questa limitazione la legge non vuole non ravvisare che la fedeltà conjugale non sia un dovere reciproco; ma le leggi non sono de'precetti, bensì de'comandi tendenti a mantenere l'ordine nelle famiglie.

220. I conjugi potranno domandare reciprocamente la separazione per eccessi, sevizie, o ingiurie gravi dell'uno verso dell'altro (1).

221. La condanna di uno de'conjugi a pena infamante potrà essere per l'altro causa di separazione.

222. La separazione non potrà aver luogo pel solo consenso reciproco de' conjugi, tranne quando la convenzione sia dal tribunale civile omologata (2).

Si noti che il codice francese art. 230 non considerava l'adulterio del marito come motivo del divorzio, che nel solo caso in cui avea la concubina nella casa conjugale. Le nostre leggi ànno preveduto il caso non men grave, quello cioè che il marito mantenga pubblicamente una concubina. Vi era identità di ragione per considerare questo caso come un motivo di separazione.

(1) Gli eccessi sono principalmente gli atti di violenza che sono fuori di ogni misura, e che possono mettere in pericolo la vita del conjuge. Le sevizie sono gli atti di crudeltà che non mettono la vita in pericolo. Ma che s'intende per ingiurie gravi, *injurias atroces?* Diceva il Tribuno Savoye-Rollin (Locré 2, p. 579, n. 12) che il ravvicinamento di queste parole con quelle di *eccessi e sevizie*, indica che sono relative al morale, e le altre al fisico: le parole *eccessi* e *sevizie* sono la violenza del corpo, e le parole *ingiurie gravi* la violenza de'sentimenti. E nel Consiglio di Stato e nel Tribunato s'intese di applicare il senso di *diffamazione pubblica* alle parole *ingiurie gravi*, così che si propose (e poi si abbandonò questa proposizione) di sostituire all'art. le prime parole. Quindi i tribunali debbono giudicare secondo le circostanze, se le ingiurie sieno tali da autorizzare la separazione. Locré 2, p. 527, n. 4 e 5; e p. 551, n. 2.—Ma il marito può far rigettare la domanda di separazione, provando che la moglie per la sua cattiva condotta e per le sue sregolatezze à provocato le sevizie e le ingiurie che danno motivo alla sua domanda? I giudici si determineranno a decidere tenendo presenti tutte le circostanze di fatto, nè il loro giudicato è censurabile dalla corte suprema. Merlin report. alla parola *divorce*, sez. 4, § 12. Toullier t. 2, n. 764.

Sulle prime nel Consiglio di Stato di Francia si risolse di negare al marito l'azione di separazione per le cause in questo articolo indicate, per due motivi: 1.° che il marito à una latitudine di poteri e di mezzi grandissima per reprimere le ingiurie della moglie; 2.° che l'azione d'ingiurie è mal veduta nella società, anche quando è diretta contro un uomo; ma ch'è più ridicola ancora quando è intentata da un uomo contro una donna. Sarebbe cosa ridicola di sentire lamentarsi un padre di famiglia delle ingiurie che riceve da una donna ch'è sotto la sua autorità, e che, a ragione del suo stato di subordinazione, non può che difficilmente diffamarlo.—A quali obiezioni si replicò: 1.° che possono darsi de'casi in cui il marito soffra sevizie dalla moglie: si sono veduti de' mariti malati, vecchi soffrire i trattamenti più duri da parte delle mogli; 2.° che la pubblica diffamazione che riceve il marito per parte della moglie è un motivo morale da autorizzare la separazione per ingiurie gravi. Locré 3, p. 527, n. 4 e 5; e p. 551, n. 2.

(2) La separazione personale per mutuo consenso non era permessa nel codice francese art. 307, e dall'altra parte il divorzio per reciproco consenso era permesso, art. 233. La separazione per mutuo consenso fu creduta abusiva sì per i costumi e per i conjugi ed i figli, che per i creditori, i quali poteano essere frodati, stantechè i conjugi avrebbero scelto la separazione personale in preferenza della separazione de' beni, in cui i creditori possono sempre intervenire per la conservazione de'loro dritti; art. 949 p.c. Discorsi di Gillet e di Treilhard in Locré 2, p. 604, n. 14, e p. 609, n. 6.

Le nostre leggi con molta forza hanno ammessa la separazione per mutuo consenso: molte volte l'onore delle famiglie esige un profondo silenzio, e sarebbe compromesso con gli strepiti giudiziarii. L'omologazione del tribunale impedisce l'abuso che potrebbe farsi della separazione per mutuo consenso. In quanto a' creditori la legge lascia salva la pauliana, *quae in fraudem* etc., per fare annullare la convenzione, qualora si fosse fatta in pregiudizio de' loro dritti: art. 1120.

CAPITOLO II.

Delle ragioni che escludono la separazione.

223. Sarà estinta l'azione di separazione colla riconciliazione de'due conjugi avvenuta, tanto dopo i fatti che avrebbero potuto autorizzarla, quanto dopo la domanda della separazione stessa (1).

Per le procedure nel giudizio di separazione personale, vedi gli art. 953 a 958.

224. Nell'uno e nell'altro caso la domanda sarà dichiarata inammessibile. Potrà nondimeno l'attore intentare una nuova azione per la sopravvegnenza di altra causa dopo la riconciliazione: ed allora potrà far uso delle cause precedenti per appoggiare la nuova sua domanda.

225. Se l'attore nega che siavi seguita riconciliazione, il convenuto potrà darne la pruova col mezzo o di scritture o di testimonj.

CAPITOLO III.

Degli effetti della separazione.

Art. 226 leg. p.

226. La moglie contro di cui sarà pronunziata la separazione a causa di adulterio, verrà condannata colla medesima sentenza ad essere ristretta in una casa di correzione per un tempo determinato, non minore di tre mesi, nè maggiore di due anni.

Art. 329 e 330 leg. pen.

227. Sarà in arbitrio del marito il sospendere la condanna o l'effetto della condanna, quando acconsenta di riunirsi colla moglie.

Art. 1046 e 1050.

228. Per qualunque causa abbia avuto luogo la separazione, il conjuge contro al quale sarà stata ammessa la separazione, perderà il diritto a tutti i lucri (2) che il consorte gli aveva accordati, sia nel contratto matrimoniale, sia dopo il matrimonio (3).

Art. 1416.

229. Il conjuge che avrà ottenuto la separazione, conserverà i lucri (4) ac-

---

(1) La riconciliazione esclude le deduzioni di essere divenuta la unione insopportabile. La riconciliazione può essere espressa, o tacita e presunta. I dottori danno per esempio della riconciliazione tacita il caso in cui il marito, dopo la conoscenza dell'adulterio di sua moglie, non à cessato di coabitare con lei. Van Espen. *Jus eccles. univ.*, parte 2, sez. 1, tit. 15, capitolo 2. Merlin v. *separation de corps*, § 2, n. 2.

(2) Non perde che i lucri, non già la porzione nella comunione, se i conjugi siensi maritati sotto il reggime della comunione, nè la dote se la moglie maritata sotto il regime dotale abbia dato causa alla separazione. Anticamente la moglie convinta di adulterio perdeva la dote, decadeva dagli assegnamenti vedovili e da tutte le convenzioni matrimoniali.

(3) La perdita di questi dritti ha luogo *ipso jure*, così che le donazioni fatte durante il matrimonio al conjuge contro cui si è ottenuta la separazione non ân bisogno di una rivocazione espressa richiesta dall'art. 1050 per rivocarsi simili donazioni. Toullier tom. 2, n. 741. Delvincourt lib. 1, tit. 6, nota 208.

Quid, riguardo alle donazioni fatte da' parenti del conjuge attore al conjuge reo? Delvincourt crede che sieno rivocate egualmente, poichè i detti utili debbono riputarsi fatti in considerazione del matrimonio. Tutte queste rivocazioni non possono nuocere a' dritti de'terzi, per argomento dell'art. 883. Delvincourt tit. 6, nota 208.

(4) Dal perchè l'art. conserva al conjuge attore i lucri accordatigli, ne à conchiuso Toullier t. 2, n. 743, che il conjuge contro cui è stata ammessa la separazione non può rivocare gli utili concessi all'altro, quantunque, fuori di questo caso, sieno sempre per l'art. 1050 rivocabili gli utili fatti durante il matrimonio, ancorchè si qualifichino per donazioni fra vivi.—Delvincourt (tit. 6, nota 209) è di contraria opinione per due motivi: 1.° che allorquando fu scritto il presente titolo s'ignorava se si conserverebbero le disposizioni

cordatigli dall'altro conjuge, quantunque essi fossero stati stipulati reciprocamente, e la reciprocanza non abbia luogo (1).

230. Se i conjugi non avessero stipulato alcun lucro, o se questo non apparisse sufficiente ad assicurare il sostentamento del conjuge che ha ottenuto la separazione, il tribunale potrà ordinare a di lui favore sopra i beni dell'altro conjuge una pensione alimentaria non eccedente il terzo delle rendite di costui. Questa pensione sarà rivocabile nel caso in cui cessasse il bisogno.

231. Quando la separazione sia avvenuta per causa del marito, la moglie riprende tutti i frutti della dote; e nel caso che fossero insufficienti al di lei sostentamento, il marito è obbligato ad assegnarle un supplimento per alimenti, colla limitazione dell'articolo precedente. Eccezione all'articolo 1362.

232. I figli saranno affidati al conjuge che ha ottenuto la separazione; quando però il tribunale, sulle domanda della famiglia o del procuratore regio, non ordini pel maggior vantaggio de'figli, che tutti o alcuno di essi sieno affidati alla cura dell'altro conjuge, o di una terza persona.

233. Qualunque sia la persona a cui saranno i figli affidati, il padre e la madre conserveranno rispettivamente il diritto di vegliare sopra il mantenimento di essi e sopra la loro educazione; e saranno tenuti a contribuirvi in proporzione delle loro forze (2).

---

del dritto antico, le quali proibivano le donazioni fra conjugi; 2.° che per dritto romano le donazioni fra marito e moglie erano rivocate di pieno dritto, senza distinzione fra i conjugi; l. 62, § 1, ff. *de donat. inter. vir. et uxor.*

A noi sembra preferibile l'opinione del Toullier, perciocchè il conjuge acquista dritto sulle cose donategli dall'altro conjuge durante il matrimonio, salvo al donante di rivocare la donazione: or se il conjuge potesse rivocare tal donazione, non conserverebbe più il lucro che l'art. vuole che conservi.

(1) Questa disposizione che conserva i lucri al conjuge attore e fa perdere quelli accordati al reo, quantunque fossero stati stipulati reciprocamente, è contraria a'principî generali delle convenzioni per effetto de'quali una parte si obbliga, perchè l'altra erasi pure obbligata. Questa eccezione è ragionevole, e serve di pena al conjuge ingrato.

(2) L'art. 311 del codice francese prescriveva che « la separazione personale produrrà » sempre la separazione de'beni ».

Questo art. è stato per maggior chiarezza soppresso nelle nostre leggi civili, perciocchè bisogna distinguere la regola della comunione dalla regola dotale. Quando i conjugi si sono maritati con la regola della comunione, la separazione personale per qualunque motivo trae seco lo scioglimento della comunione, e con esso la separazione de'beni, art. 1405. Quando poi la società conjugale è stata contratta sotto la regola dotale, convien distinguere se la separazione personale avviene per fatto della moglie o del marito. Nel primo caso il marito continuando ad avere l'amministrazione della dote, art. 229 e 230, la separazione de'beni non può essere una conseguenza necessaria della separazione personale, sibbene la moglie può giudiziariamente domandare la separazione de' beni per disordine negli affari del marito, art. 1407. Nel secondo caso la moglie riprendendo i frutti dotali e l'amministrazione della dote, è evidente che la separazione de'beni è una conseguenza necessaria della separazione personale.

TITOLO VII.

DELLA PATERNITA' E DELLA FILIAZIONE (1).

CAPITOLO I.

Della filiazione della prole legittima o nata durante il matrimonio.

Art. 1306. 234. Il figlio conceputo durante il matrimonio ha per padre il marito (2). Ciò non ostante questi potrà impugnare di essergli padre, se proverà che, durante il tempo trascorso di trecento giorni compiuti prima della nascita del figlio, egli era, sia per causa di allontanamento, sia per effetto di qualche accidente, nella impossibilità fisica di coabitar colla moglie.

Similmente potrà impugnare la sua paternità, se proverà che, durante il tempo trascorso dal trecentesimo fino al centottantesimo giorno prima della nascita del figlio, era egli nella stessa impossibilità fisica di coabitar colla moglie (*) (3).

---

(1) Dopo di avere organizzato la instituzione del matrimonio, il legislatore si trova naturalmente condotto ad organizzare i rapporti che il matrimonio forma tra gli sposi ed i figli che ne sono il frutto.

Questo titolo à di particolare, giusta le osservazioni di Duveyrier oratore del Tribunato, che il legislatore nelle altre materie non à dovuto che consultare la propria saviezza, ma che in questa à dovuto lottare contro la natura, e sottomettere a delle regole positive il segreto della generazione. Ben si comprende perciò quanti imbarazzi à dovuto offrire la discussione di questo titolo, tanto maggiormente che la legislazione anteriore non à potuto servir di guida. Tranne la regola *is pater est*, nell'antica legislazione non si riconoscevano che incertezze, diversità di opinioni, problemi a risolvere, principii a fissare; ed una legislazione immorale su'figli naturali, sostituita ad una legislazione troppo rigida, era venuta a complicare ancora una materia di già difficilissima. Il titolo in disamina adunque compilato non senza grandi sforzi è una delle più belle parti del codice, e le discussioni del Consiglio di Stato di Francia che occuparono sette sedute, cinque delle quali importantissime rimaste inedite fino al 1830, portano l'impronta de' sublimi talenti di que' grandi uomini, ed offrono delle luminose idee per la buona intelligenza delle disposizioni qui contenute.

(2) Questa regola ci è stata trasmessa dalla saviezza de' giureconsulti romani: *is pater est*, eglino dicevano, *quem nuptiae demonstrant*; l. 5. ff. *de in jus vocando*. Ed in vero egli è indubitato che la natura à coverto di un velo impenetrabile la trasmissione della nostra esistenza; ma essendo necessario che la paternità non restasse incerta, perchè per essa le famiglie si perpetuano e si distinguono le une dalle altre, e perchè è una delle basi dell'ordine sociale, il legislatore per pervenirvi à dovuto contentarsi di una presunzione presa da fatti esteriori. Il matrimonio fornisce questa presunzione, e perchè è stata ammessa da tutt'i popoli, è divenuta una regola di ordine pubblico, essendo fondata sul riposo delle famiglie e sulla tranquillità de'matrimonii. Bigot-Préameneu, Lahary e Duveyrier in Locré 3, p. 85, n. 1 e 2; p. 100, n. 7; p. 120 e 121, n. 2 e 3.

(*) « *La lezione di questo articolo 234, variante da quella della prima edizione, è* » *stata prescritta con real decreto de' 27 di aprile 1819* ». (*Nota dell'edizione ufiziale*).

(3) I. La regola *pater is est* non avendo per base che una presunzione, il legislatore si sarebbe messo in opposizione co'primi elementi del dritto e della ragione, se avesse fatto prevalere una presunzione ad una pruova positiva o ad una presunzione più forte. In vece di sostenere la dignità del matrimonio si avvilirebbe, si renderebbe odioso e servirebbe di pretesto a legittimare un figlio che non appartiene al matrimonio. La presunzione adunque cessa quando le circostanze la rendono impossibile.

Nel Consiglio di Stato di Francia si passarono a rassegna le opinioni de'più dotti me-

235. Il marito non potrà, allegando la sua naturale impotenza (1), non

dici sull'epoca delle nascite umane, e sulle nascite accelerate e tardive; e la legge per non lasciare all'arbitrio de'giudici le decisioni particolari à dovuto determinare di una maniera precisa il momento del concepimento. La legislazione in verità non può modificare sovente i giuochi della natura, ma può arrestarsi a'procedimenti più comuni di essa confermati dall'esperienza, e di prenderli per base di una regola generale.(Locré 3, p. 22, n. 8, p. 23, n. 15, e p. 27 a 33.) Ha perciò la legge determinato, come nettamente risulta dal ravvicinamento degli art. 234 236 e 237, che si reputa il figlio conceputo durante il matrimonio, se nasce al più presto nel 180 giorno dal matrimonio, compresovi quello della celebrazione, cioè nell'ultimo giorno del sesto mese, ed al più tardi nel trecentesimo giorno dallo scioglimento del matrimonio, cioè nell'ultimo giorno del decimo mese.

II. Il dritto romano nella l. 6, ff. *de his qui sui vel alieni juris sunt* ammetteva contro il principio della presunzione legale di paternità quattro eccezioni tutte fondate sull'evidenza di fatto.

1.° La impotenza assoluta e perpetua del marito: *si ea valetudine pater familias fuit ut generare non possit.*

2.° L'allontanamento di un conjuge dall'altro, durante il quale la moglie si è incinta: *si fingamus abfuisse maritum, v. g. per decennium; reverterum anniculum invenisse in domo sua: placet nobis Juliani sententia, hunc non esse mariti filium.*

3.° La impotenza passaggiera per effetto di una grave malattia sopravvenuta al marito: *si constet maritum aliquandiu cum uxore non concubuisse, infermitate superreniente.*

4.° Qualche altra circostanza atta a provare che il marito non à coabitato con sua moglie: *si constet maritum cum uxore non concubuisse.... alia ex causa.*

III. Il codice riconosce tre specie d'impossibilità, *fisica, morale e legale*. L'impossibilità è *fisica*, tutte le volte che non à potuto esservi coabitazione tra gli sposi. E *morale* nel caso dell'adulterio accompagnato dalle circostanze prevedute nell'art. 235. E *legale* quando il matrimonio non esiste ancora o non esiste più. Discussioni del Consiglio di Stato in Locré 3, p. 86, n. 3 e 6; p. 35, n. 2 e. 3; p. 123 a 127, n. 9, 10, 15 e 16.

L'eccezioni fondate sulla impossibilità fisica sono state dal codice ristrette a due: 1.° L'allontanamento del marito, che lo abbia messo nella impossibilità *fisica* di coabitare con sua moglie durante il tempo trascorso dal 300 al 180 giorno prima della nascita del figlio, ossia deve provare il corso di quattro mesi interi di assenza, computabili dal primo giorno del decimo mese fino al primo giorno del sesto avanti la nascita del figlio; 2.° Qualche accidente che lo abbia messo nella stessa impossibilità fisica, ossia *l'impotenza temporanea*. Il codice à ragionevolmente evitato una specificazione degli accidenti atti a produrre l'impotenza accidentale, poichè sarebbe stata pericolosa. L'esame delle quistioni particolari è rimessa alla prudenza de' tribunali, e basta il sapere, come si convenne nel Consiglio di Francia, (Locré 3, p. 21, n. 5 e 6; p. 67, n. 3, e p. 125, n. 14) che la causa dev'esser tale e talmente provata, che nell'intervallo del tempo presunto pel concepimento, non si possa supporre un solo istante, in cui il marito avrebbe potuto divenir padre. Se vi fosse dubbio su questo punto, si dovrebbe presumere che la madre sia innocente, e per conseguente che il figlio sia legittimo. *In favorem prolis potius inclinamus:* questa era la massima del papa Innocenzo III, nel capitolo *ex tenore*, alle decretali, *qui filii sint legitimi.*

Questi principii fanno facilmente risolvere le due quistioni agitate, se la prigionia del marito possa essere equiparata all'allontanamento, e se la separazione personale fa cessare la presunzione di paternità in favore del figlio conceputo dopo che si è effettuata la separazione. Per la prima si è detto con ragione dall'oratore del tribunato Duveyrier (Locré 3, p. 125, n. 13) che l'eccezione non regge quando la prigione è in tale distanza da non rendere impossibile un avvicinamento anche momentaneo. Per la seconda il Consiglio di Stato rigettò la proposizione di far cessare la presunzione di paternità nel caso della separazione personale, poichè non esiste in tal caso impossibilità fisica di coabitazione Locré 3, p. 41, n. 14. V. Merlin repert. v. *Legitimité*, sez. 2, § 2, n. 3, e Toullier t. 2, n. 800 a 811: vedi la nota 1, p. 64.

In quanto poi alla prima e quarta eccezione del dritto romano, vedi le due note seguenti.

(1) Il dritto romano contenendo una contraria disposizione (vedi la nota precedente), furono difficili le discussioni all'uopo avvenute nel Consiglio di Stato di Francia; se cioè la impotenza naturale del marito dovea rendere inapplicabile la regola *pater is est*. Cambacérès e Maleville sostennero fortemente che dovea essere conservata l'eccezione ammessa nel dritto romano, anche perchè essendosi conservata con l'art. 234 l'eccezione nascente dalla impossibilità fisica, questa comprende naturalmente l'impotenza. Ma Portalis e Tronchet sostennero fortemente il progetto del codice che non ammetteva l'eccezione per *impotenza naturale* del marito, perchè giudizi di simil natura sono scandalosi, e non rare volte si è veduto dichiarare il marito impotente, ed i suoi figli legittimi, perchè l'im-

riconoscere il figlio: nè pure potrà non riconoscerlo per causa di adulterio, purchè non gliene sia stata celata la nascita (1): nel qual caso verrà ammesso a proporre tutti i fatti tendenti a giustificare non esserne egli il padre (2).

---

potenza è qualche volta relativa. La legge non deve stabilire che su'casi ordinarii: or l'impotenza assoluta è rara, e chi à osato di prender moglie non dev'essere ammesso a provare ch'era inabile al matrimonio. E come invocarla contro lo stato di un fanciullo? Non può dirsi al contrario, che l'esistenza di questo fanciullo è una pruova contro l'impotenza? È possibile che suo padre sia attualmente impotente, senza che ne risulti essere stato tale al momento del concepimento del fanciullo. Ed aggiungeva Bigot-Préamèneau co'suoi motivi, che si è visto non rare volte sciolto un matrimonio per impotenza, ed il marito ottenere da altro matrimonio una numerosa posterità.—Larahay poi col rapporto fatto al tribunato espose lungamente i motivi politici e morali, per cui la causa indecente e spesso incerta della impotenza naturale dovea ne'nostri costumi, differenti da quelli de'romani, essere respinta. Locré 3, p. 19 a 22, n. 4 a 6; p. 86, n. 4; p. 101 a 104, n. 9.

(1) L'adulterio della moglie non basta per conchiudere che il figlio è illegittimo, mentre può stare che il marito non pertanto sia il padre del fanciullo; *cum possit et uxor adultera esse, et impubes defunctum patrem habuisse*; l. 11. ff. *ad leg. jul. de adulter.*

Nulladimeno la legge non ammette la eccezione della impossibilità *morale*, di cui era parola nella quarta eccezione del dritto romano, che nel solo caso in cui la moglie convinta di adulterio à celato al marito la nascita del figlio; poichè in questo caso il mistero con cui ricopre la nascita del figlio fa sorgere contro la legittimità di costui una prevenzione abbastanza potente per rendere incerta la presunzione di paternità fondata sul matrimonio. È vero che una moglie può per timore di un marito geloso nascondere il parto, o pure può verificarsi che i conjugi si accordino a sopprimere lo stato de'figli; ma in questo caso, rispose Maleville nel Consiglio di Stato, il figlio avrebbe dritto di provare che ad essi conjugi appartiene, se abbia un principio di pruova per iscritto: la supposizione che un padre ed una madre si accordino per sopprimere lo stato de'figli, è sì poco probabile, ch'era inutile di farne materia di una disposizione legislativa. Locré 3, p. 40. n. 10.

Ma per ammettere l'azione di rifiuto contro del figlio, la cui nascita è stata celata al marito, l'adulterio della moglie deve risultare da un giudicato? Merlin sostenne l'affermativa all'udienza della Corte di cassazione del di 8 luglio 1812, e questa opinione fu sostenuta pure da Toullier t. 2. n. 812. L'oratore del governo Bigot-Préaméneau e Duveyrier nell'esporre i motivi si attesero alla *condanna*, allorchè disse il primo: *se la donna sia stata* CONDANNATA *per adulterio;* e il secondo aggiunse: *è necessario che l'adulterio fosse costante, e risultante da un* GIUDIZIO PUBBLICO. Queste espressioni rafforzano l'opinione de' nominati giureconsulti. Ma la corte di cassazione a rapporto di Carnot decise, contro le conchiusioni di Merlin, che non si può opporre per motivo d'inammessibilità all'azione di rifiuto del marito, il non essersi giudicato preliminarmente sull'adulterio, poichè la sola condizione richiesta dall'art. 235 per l'ammessibilità dell'azione è il celamento della nascita del figlio, nè si legge in detto articolo che si debba preliminarmente giudicare sull'adulterio. Per la qual cosa basta l'avere stabilito che la nascita del figlio è stata celata, per essere autorizzato il marito a proporre e domandare di far la pruova ch'egli non è il padre del fanciullo, e questa pruova non potrebbe farsi senza portar necessariamente seco quello dell'adulterio della moglie. Repert. art. *legitimité*, sez. 2, §. 2, n. 5, nella nota.

Si noti che dopo le parole dell'art. *purchè non gliene sia stata celata la nascita*, il Tribunato di Francia proponea la giunta delle altre seguenti parole: O CHE NON ABBIA VISSUTO SEPARATO DI PERSONA DALLA MOGLIE ALL'EPOCA DEL CONCEPIMENTO. (Locré 3, p. 76, n. 5). Questa proposizione non essendo stata ammessa, resta vie maggiormente provato che l'adulterio della moglie separata non autorizza il rifiuto del figlio, quando non n'è stata celata la nascita al marito. Vedi la nota 3 in fine, pag. 63.

(2) Per fare aprire le pruove che autorizzano il rifiuto per *impossibilità morale*, bisogna che le circostanze dell'adulterio e del celamento della nascita del figlio sieno provate, o in altri termini la pruova dell'adulterio e del celamento benchè gravi, non sono capaci di distruggere la presunzione legale che risulta dal matrimonio. Ma se il marito forma il rifiuto su queste due probabilità, e prova tutt'i fatti proprii a giustificare che non è il padre del fanciullo, allora questo cumolo di fatti e d'indizi forma *una massa di presunzioni che non lascia più a quella che si può tirare dal matrimonio la sua influenza decisiva.* Rapporto di Larahay in Locré 3, p. 100, n. 6.

Per la qual cosa l'azione di rifiuto per ammettersi dev'essere accompagnata da tre condizioni essenziali: 1.° che il fatto dell'adulterio sia costante; 2.° che la moglie abbia celato la nascita del figlio adulterino; 3. che il marito presenti la pruova de' fatti proprii a giustificare che altri sia il padre del fanciullo. Discorso di Duveyrier in Locré 3, p. 127, n. 15.

236. Il marito non potrà (1) ricusare di riconoscere il figlio nato prima del centottantesimo giorno del matrimonio ne'casi seguenti (2):

1.° quando prima del matrimonio fosse stato consapevole della gravidanza (3);

2.° quando avesse assistito all'atto di nascita, e questo atto fosse stato da lui sottoscritto, o contenesse la sua dichiarazione di non sapere scrivere (4);

3.° quando il parto non fosse dichiarato vitale (5).

237. La legittimità del figlio nato trecento giorni dopo lo scioglimento del matrimonio potrà essere impugnata (6).

---

(1) *Non potrà*. La nascita prematura non fa di pieno dritto eccezione alla regola *pater is est*; ma autorizza il rifiuto, e solamente nelle circostanze che questo articolo specifica. La ragione si è che chi nasce nel matrimonio è nel possesso di stato di figlio legittimo.—La moglie però può opporre delle eccezioni sì per difendere il suo onore, che lo stato di suo figlio. Locré 3, p. 24, n. 16, e Bigot—Préameneau presso detto autore, 3, p. 87, n. 9.

(2) Meditando la disposizione di questo articolo osservasi, che la legge ammette una presunzione legale di legittimità in favore del fanciullo nato nel centesimo ottantesimo giorno dal matrimonio. A riguardo poi del fanciullo nato prima del 180.° giorno dal matrimonio, si vede che l'articolo ammette una presunzione d'illegittimità; ma che questa presunzione non à il carattere della precedente e che può esser distrutta e combattuta da tre presunzioni della paternità del marito, e queste tre presunzioni sono indicate ne'tre numeri del presente articolo.

Ma si deve notare che i tre casi in questo art. indicati non sono i soli ne' quali l'azione di rifiuto non viene ammessa. Qualunque riconoscimento che il marito facesse in un atto autentico o privato, qualunque confessione espressa o tacita della sua paternità lo renderebbe inammessibile ad impugnare posteriormente lo stato del figlio. Discorso di Duveyrier in Locré 3. p. 127, n. 16.

(3) Poichè si presume allora che abbia contratto il matrimonio per riparare il suo fallo personale—Nel progetto del codice preparato dalla commessione era detto che la pruova della conoscenza che il marito abbia avuto della gravidanza della moglie prima di sposarla non potrebbe risultare che da *scritture dello stesso marito*. Eravi in questa limitazione molto rigore; che perciò non ricomparve nel progetto presentato al Consiglio di Stato dalla sezione di legislazione. Nondimeno fu reclamata da Bigot-Préameneau, il quale (dice il processo verbale in Locré 3, p.70, n.4, e 5) «osserva che questo articolo non dichiara » come si potrà fare la prova contro il marito ch'è stato consapevole della gravidanza » di sua moglie: se voglia starsi al principio generale, bisognerà un principio di pruova » per iscritto. Ma (continua il processo verbale) Boulay risponde ch'è impossibile di fis» sare con anticipazione quali specie di fatti si possono risguardare come dimostrati» ve ». In vista di questa risposta l'art. fu adottato nella sua generalità indefinita, e ne risulta necessariamente, che di tutt'i generi di pruova, non ve n'è alcuno che il legislatore abbia voluto escludere.

(4) La ragione si è che non si può devenire contra la propria dichiarazione data nell'atto medesimo destinato a comprovare lo stato civile del fanciullo. Ben vero il padre può nell'atto fare delle riserve, e reclamare nel termine dall'art. 238 stabilito. Locré 3, p. 25, n. 21.

(5) Poichè questo fanciullo essendo incapace di succedere, art. 646, il rifiuto al suo riconoscimento sarebbe senza oggetto, e servirebbe ad infamare inutilmente la moglie.

(6) Dalla maniera com'è concepito l'art. sembra potersi dedurre che il figlio nato 300 giorni dopo sciolto il matrimonio non è *ipso jure* illegittimo, ma che è in possesso dello stato di legittimità fino a che non viene impugnata. Questa non à potuto essere l'idea del legislatore, quantunque gli oratori del governo, del tribunato e del corpo legislativo di Francia abbiano concordemente e di proposito discorso di non essere *ipso jure* illegittimo il figlio nato 300 giorni dopo sciolto il matrimonio. È indispensabile fermarci sopra questa discussione.

Bigot-Préameneau espose che la presunzione d'illegittimità che deriva contro il fanciullo nato dieci mesi dopo sciolto il matrimonio non sarà decisiva contro il fanciullo, che quando non sarà affievolita da altre circostanze. Locré 3, p. 88, n. 13.

Larahay nel suo rapporto fatto al Tribunato osservò, che l'articolo in disamina non dichiara di una maniera assoluta, che il fanciullo nato dopo i 300 giorni sarà illegittimo, ma solamente che *potrà* esser dichiarato tale. La parola *potrà*, egli dice, esprime lo spirito

Al contrario l'azione per reclamare lo stato è imprescrittibile in quanto al figlio; art. 230.

238. Ne' diversi casi in cui il marito è autorizzato a reclamare, dovrà farlo entro un mese, quando si trovi nel luogo ove è nato il fanciullo;

---

della disposizione: vi sono de' casi in cui il fanciullo non *potrà* essere dichiarato illegittimo: tale sarebbe quello in cui il fanciullo proverebbe che suo padre divorziato si sarebbe avvicinato a sua madre posteriormente allo scioglimento del matrimonio. L'oratore aggiunse con molti esempî, che la natura non è assoggettata alle leggi umane, e che vi possono essere de' parti tardivi. Locré 3, p. 106, n. 14.

Duveyrier nel discorso pronunziato innanzi al corpo legislativo domandò perchè il figlio nato 300 giorni dopo sciolto il matrimonio non è *di dritto* illegittimo, e messo al numero de' figli naturali? Perchè, egli rispose, ogni interesse particolare non può essere combattuto che da un interesse contrario. La legge non è obbligata a riformare ciò che ignora, e se lo stato del fanciullo non è attaccato, egli rimane in sicuro all'ombra del silenzio che niuno è interessato a rompere; così che contro il fanciullo nato dopo dieci mesi dallo scioglimento del matrimonio, chi esercita il rifiuto dev' essere sommesso all'obbligazione di allontanare la pruova di paternità del fanciullo che si disapprova. Locré 3, p. 128, n. 17.

Ma bisogna convenire, che gli oratori abbiano oltrepassato l'intelligenza dell'art., ed il loro ragionamento non è consono alle discussioni del consiglio di stato tenute nella seduta del dì 5 novembre 1801, nella quale si stabilì che il termine più lungo per la paternità è di 300 giorni: spirato questo termine cessa di pieno dritto la presunzione della paternità. Che se le parole dell'art. 237 non sono molto precise, non bisogna però dare all'art. una interpetrazione che non corrisponde a' principî della materia in esame. Che vi sia imperfezione di redazione nell' art. il vide il Tribunato di Francia cui essendo stato trasmesso il progetto del titolo in esame, osservò sull'articolo in parola ne' seguenti termini: « dalla » maniera com'è concepito l'articolo sembra che, se la legittimità del fanciullo nato dopo » undici mesi, per esempio, dopo lo scioglimento del matrimonio, non è punto contestata, dev' essere riguardato come legittimo. *Ciò non può essere l' intenzione della legge*. » Si è pensato che l'art. dev'essere concepito in termini più precisi e più positivi, così che » dopo scorso il termine fatale, vi è un fine di non ricevere insormontabile » Locré 3, p. 77, n. 8.

Toullier, senza far parola de' motivi esposti dagli oratori e senza discendere all'esame delle osservazioni del Tribunato, dimostra con i principî della scienza, che il figlio nato 300 giorni dopo lo scioglimento del matrimonio è *ipso jure* illegittimo. I suoi ragionamenti sono assai profondi, e con la distinzione tra *azione di rifiuto e l' azione d' impugnare* la legittimità spiega mirabilmente l' art. 237. E' cosa utile riassumere la discussione da lui tenuta.

Il figlio nato dopo i 300 giorni dallo scioglimento del matrimonio è *ipso jure* illegittimo, poichè se si presume legittimo il figlio conceputo durante il matrimonio, per lo contrario si presume conceputo dopo sciolto il matrimonio il fanciullo che nasce dopo 300 giorni dal dì dello scioglimento del matrimonio medesimo. Se il fanciullo nato 300 giorni dopo sciolto il matrimonio non si presumesse illegittimo *de jure*, si dovrebbe dire lo stesso per chi nasce nel trecentesimo decimo giorno o più, mentre scorsa l' epoca di 300 giorni dalla legge stabilita, non vi à più termine in cui convenga fermarsi a preferenza.

È questa la ragione per cui l' art. 237 non à detto che il figlio nato dopo 300 giorni potrà essere *rifiutato*; ma per lo contrario à detto *la sua legittimità potrà essere impugnata*. Non è da confondersi quindi l'azione di *rifiuto* colla *impugnazione* di *legittimità*, essendo due azioni ben diverse, quantunque l' impugnazione di legittimità sia una espressione che nella sua generalità comprende il rifiuto. Il rifiuto in vero è un'azione specifica che à le sue regole particolari; si applica a' soli fanciulli nati o conceputi durante il matrimonio e che sono garentiti dalla regola *pater is est*. Il suo oggetto è dunque quello di togliere la qualità di figlio a chi la ripete dalla presunzione legale. L' impugnazione di legittimità per lo contrario si estende a'fanciulli nati e conceputi dopo lo scioglimento del matrimonio, contro de' quali sorge la regola *pater is est*: essa tende ad impedire d' intromettersi nella famiglia chi non vi si trova collocato nè per effetto della sua nascita, nè per quello del suo concepimento.

Da tali principî più differenze seguono tra queste due azioni.

1.° L' azione di rifiuto contro il figlio appartiene al solo marito, e si trasmette a' suoi eredi nel modo indicato dall' art. 239. La madre non può negare per figlio chi à dato alla luce, e se nega di riconoscere per figlio chi usurpando un falso nome, pretende di essere quel fanciullo di cui si è sgravata, allora non esercita l' azione di rifiuto, ma ne impugna lo stato.

2.° Chi è nato o conceputo durante il matrimonio è in possesso dello stato di figlio legittimo, che non può essergli tolto che dietro azione confermata da giudicato. Per lo con-

entro due mesi dopo il suo ritorno, quando in quell'epoca fosse assente;
entro due mesi dopo scoperta la frode, quando gli si fosse tenuta occulta la nascita del fanciullo (1).

239. Se il marito fosse morto prima di reclamare, tanto prima, quanto dopo la nascita del figlio, ma non fosse ancora trascorso il tempo utile per farlo (2); gli eredi (3) avranno due mesi per impugnare la legittimità del fi-

---

trario chi è conceputo dopo lo scioglimento del matrimonio, nasce nello stato di figlio naturale, e se aspira allo stato di legittimità, instituisce un' azione petitoria che si può ributtare con impugnare la sua legittimità. Dunque la impugnazione della legittimità è sovente un' eccezione, anzichè un' azione: essa costituisce la difesa contro l' azione.

3.° L' azione di rifiuto à un termine assai breve indicato dall' art. 238. Al contrario l' impugnazione della legittimità, essendo un' eccezione, deve durare quanto la domanda, e la domanda per reclamare lo stato è imprescrittibile; art. 250.

In conseguenza il termine accordato dall' art. 238 agli eredi per disapprovare il figlio non si applica al caso del fanciullo nato dopo 300 giorni dallo scioglimento del matrimonio, mentre gli eredi sono stretti a questo termine quando si tratta di un fanciullo nato o conceputo nel matrimonio. Duranton t. 3, n. 91.

4.° L' azione di rifiuto si trasmette agli eredi del marito nel modo indicato dall' art. 239; al contrario l' impugnazione di legittimà appartiene a tutti coloro che ànno interesse di proporla e non solamente agli eredi del marito, a' suoi parenti, a' legatarii; ma eziandio agli eredi e parenti della moglie, i quali sono interessati a far rimanere il fanciullo nello stato d' illegittimità.

5.° La rinuncia espressa o tacita del marito estingue irrevocabilmente l' azione di rifiuto, e lo stesso non à luogo in quanto alla impugnazione di legittimità. Inutilmente il marito riconoscerebbe per figlio un fanciullo nato dopo 300 giorni da che il matrimonio è stato sciolto dall' autorità ecclesiastica: i suoi eredi, ed anche quelli della madre potrebbero impugnare la legittimità del figlio, poiche il marito non può col riconoscimento distruggere la presunzione legale, e riportare il concepimento del figlio all' epoca del matrimonio, e conferirgli i dritti di famiglia—Toullier t. 2, p. 830 a 837.

In fine si osserva che la quistione in esame si presentò innanzi alla corte di Grenoble, la quale a camere riunite nel numero di 16 giudici, il dì 20 marzo 1809 fece parità, a dirimere la quale fu deciso che fossero chiamati altri magistrati. Riprodotta la causa nel dì 12 aprile dello stesso anno, la corte con elaborata decisione (che si legge nel repert. di Merlin art. *legitimité*, sez. 2, §. 3, n. 5,) ritenne che il figlio nato dopo i 300 giorni dallo scioglimento del matrimonio è *di dritto* illegittimo: che se l' art. in esame si limita a dire, che la sua legittimità *potrà* essere impugnata, non se ne deve conchiudere altro, se non che la legge esige, per farlo dichiarare tale, che l' azione d' illegittimità sia proposta da coloro, i quali ànno interesse d' impugnare il suo stato.

(1) La legge à fissato un termine assai breve nel quale l' azione di *rifiuto* dev' essere sperimentata, perchè lasciare al marito la facoltà indefinita di esercitare quest' azione, quando il giudicherebbe a proposito e per la durata di 30 anni, sarebbe compremettere lo stato del fanciullo che la legge deve proteggere, e che non può lungo tempo restare incerto, senza i più gravi inconvenienti. Locré 3, p. 26, n. 23, p. 107, n. 15, p. 128, n. 18. Vedi la nota 2, pag. 72.

(2) Ma se il marito avesse in vita acconsentito a riconoscere il figlio, benchè fosse morto prima di spirare il termine dall' art. precedente stabilito, il figlio potrebbe in linea di eccezione opporre agli eredi il silenzio del marito, e l' eccezione dev' essere ammessa quando è provato che il marito non à voluto usare del dritto di reclamare. Cambacérès in Locré 3, p. 26, n. 25,

(3) *Gli eredi*. Nel progetto del codice civile francese era espressamente stabilito che l' azione di rifiuto non sarebbe passata agli eredi del marito; ma nel Consiglio di Stato si adottò il principio passato nell' art., perchè il dritto ad una successione essendo una proprietà, non si può ricusare agli eredi del marito morto assente o prima del termine, pendente il quale la legge l' autorizzava a reclamare, la facoltà a farla valere, e di togliere l' ostacolo che ne impedisce l' esercizio, contestando lo stato del fanciullo. Locré 3, p. 26, n. 25.

È evidente in conseguenza che il legislatore trasmette l' azione di rifiuto agli eredi del marito, poichè rappresentandolo a titolo universale, succedono a tutt' i suoi dritti ed azioni. I parenti quindi che non sono eredi non possono sperimentare l' azione di rifiuto, quantunque interessati ad escludere il fanciullo dalle successioni collaterali che possono un giorno aprirsi. È questa interpetrazione data dal Toullier (t. 2, n. 835), seguito da

glio, computabili dall'epoca in cui questi si sarà messo in possesso de' beni del marito, o dall' epoca in cui gli eredi fossero turbati dal figlio in questo possesso (1).

Duranton (t. 3, n. 80 e 81,) si rende più ragionevole se si pone mente che nella discussione dell' articolo in esame Cambacérès, la cui proposizione fu adottata dal Consiglio di Stato (Locré 3, p. 26, n. 25,) spiegò che l' azione di rifiuto è annessa alla qualità di erede, e che non si era inteso limitare l'azione agli eredi collaterali, sibbene a tutti gli eredi, qualunque fossero. In conseguenza possono impugnare la legittimità del figlio gli eredi legittimi, i donatarii o legatarii universali o a titolo universale, del marito—Gli eredi della moglie non potrebbero esercitare quest'azione, quantunque Delvincourt ne abbia dubitato.

I legatarii particolari attaccati dal figlio per la riduzione de'legati, possono impugnarne la legittimità? Proudhon e Toullier sono per la negativa, e Delvincourt (lib. 1, tit. 6 nota 233) insegna l'affermativa. Duranton (t. 3, n. 83,) non adotta quest'ultima opinione che a riguardo de' figli nati dopo 300 giorni sciolto il matrimonio, o di quello che nato prima di 180 giorni dalla celebrazione, non à potuto essere legittimato come frutto dell'adulterio: in tutti gli altri casi i legatarii a titolo particolare non possono esercitare questo dritto — Ma noi osserviamo che siffatta distinzione è puramente arbitraria, perchè la contestazione di legittimità essendo un vero rifiuto di paternità, e Duranton ne conviene, i legatarii particolari non ànno bisogno di quest' azione per respingere le domande di riduzione contro il figlio nato dopo i 300 giorni dallo scioglimento del matrimonio, sibbene possono opporre la sua illegittimità nascente dall' art. 237. L' azione di rifiuto si accorda contro il figlio ch' è presunto nato dal marito, fino a che un giudicato non à rimosso questa presunzione; ma il figlio nato dopo 300 giorni dallo scioglimento del matrimonio è presunto illegittimo, e per conseguente i legatarii particolari possono respingere le sue domande, come anche i parenti del marito benchè non suoi eredi, possono escluderé questo figlio dalle altre successioni— In quanto poi al caso del figlio nato prima de' 180 giorni dalla celebrazione del matrimonio, si può verificare che sia adulterino il figlio quando il padre che non ne impugna la legittimità, trovavasi prima del 180 giorno dalla nascita del figlio, legato in altro matrimonio. Or in questa ipotesi evidentemente i legatarii particolari possono respingere le domande del figlio, ma non con l'azione di rifiuto, poichè quest'azione si sperimenta da'successori del marito quando sia morto nel termine accordatogli per esercitare l' azione di rifiuto: nel caso in esame il figlio è illegittimo indipendentemente dal rifiuto, anzi anche contro il riconoscimento espresso del padre. Quindi i legatarii particolari si difendono contro l' azione del figlio non per effetto dell'art. in esame, sibbene dell'art. 253, che vieta la legittimazione del figlio adulterino, e degli art. 678 e 824.

Segue da questa discussione che i legatarii particolari non possono in verun caso esercitare l' azione di rifiuto, sibbene possono impugnare lo stato del figlio quando è nato dopo 300 giorni sciolto il matrimonio, o se nato infra 180 giorni non à potuto essere legittimato perchè adulterino, o finalmente quando il figlio non prova la sua legittimità nel modo indicato dagli art. 241, 242 e 244.

Appartenendo agli eredi del marito l'azione di rifiuto, si è dubitato se quest' azione possa intentarsi contro il figlio pel motivo che la moglie adultera ne à celato la nascita. Proudhon t. 2, p. 41 e 42, opina per la negativa, perchè l' art. 326 leg. penali prescrive di non potersi l' adulterio della moglie denunziare che dal solo marito. Sembra più ragionevole l' opinione del Toullier (t. 2, n. 841) il quale sostiene l' affermativa per due potentissime ragioni: 1.° Che l' azione di rifiuto essendo puramente civile, si deve trasmettere agli eredi, 2.° Che nell' art. 238 è detto *ne' diversi casi* in cui il marito è autorizzato a reclamara, e tra questi casi è compreso l' adulterio della moglie. Or l' art. 239 trasmette quest' azione agli eredi, e poichè questo art. non eccettua l' adulterio della moglie, così non si può supplire un' eccezione che non è nella legge.

(1) Gli eredi ànno per isperimentare la loro azione un termine più lungo di quello concesso allo stesso marito, poichè il legislatore à considerato (Locré 3, p. 67 e 68, n. 5 e 6,) che i fatti relativi alla illegittimità del figlio vengono ordinariamente a conoscenza dell' erede quando il figlio s' immette o domanda il possesso de' beni, e viceversa sono più presenti e più noti al marito, essendo egli solo il giudice in questa materia, come si espresse Larahay in Locré 3, p. 108, n, 16. Toullier t. 2, p. 840.

Il termine di due mesi accordato agli eredi corre contro i minori, come contro i maggiori; nè si può opporre l' eccezione per fare l' inventario e per deliberare, non trattandosi di una prescrizione ordinaria. Duranton t. 3, n. 89.

Tanto nel caso in cui il figlio contro cui è diretta l' azione di rifiuto si fosse messo nel possesso de' beni, quanto se si fossero messi in questo possesso gli eredi del marito, nè possedessero costoro da un anno, il possesso provvisorio si appartiene, durante la lite, al

240. Qualunque atto stragiudiziale contenente il rifiuto del marito o de' suoi eredi di riconoscere il figlio, si terrà come non fatto, se non è seguito nel termine di un mese (1) da un'azione diretta contra un tutore speciale (2) dato al figlio, e chiamata la madre in giudizio (3).

CAPITOLO II.

Delle pruove della filiazione della prole legittima (4).

241. La filiazione della prole legittima si prova cogli atti di nascita inscritti sul registro dello stato civile (5). Art. 47 e 48.

---

figlio il quale fino al giudicato in contrario è nel possesso dello stato di figlio legittimo. Toullier t. 2, n. 844.

(1) Se l'atto stragiudiziale rimane privo di effetto per non essersi proposta l'azione dentro un mese, il marito o i suoi eredi possono farne un altro, purchè non fosse spirato il termine di due mesi. Rapporto di Larahay in Locré 3, p. 108, n. 17.

(2) Che può far valere non solo i motivi d'inammessibilità espressi nell'art. 236, ma anche tutt'i mezzi di difesa tendenti a far rigettare l'azione di rifiuto. Si è quistionato però se il tutore possa articolar fatti tendenti a provare che, se il fanciullo viene rifiutato per esser nato prima di 180 giorni dalla celebrazione del matrimonio, il marito abbia avuto intima pratica colla moglie prima del matrimonio, per concludere di aver avuto conoscenza della gravidanza. Proudhon t. 2, p. 18, pensa di no, perchè l'art. 236 non parlando che della *conoscenza positiva* della gravidanza, non è permesso di articolar fatti senza dar luogo all'arbitrio. Toullier (t. 2, n. 826) opina per l'affermativa, e perchè la disposizione dell'art. 236 non è limitativa, si perchè la pruova de' fatti di coabitazione tende a mostrare che il marito era consapevole della gravidanza.

Il tutore dev'essere nominato dal consiglio di famiglia convocato a cura del marito o degli eredi (Locré 3, p. 72, n. 12) nelle forme ordinarie. Il rifiuto del marito non esclude (osserva Toullier t. 2, n.843,) di esser chiamati in consiglio i suoi parenti, e perchè la legge non fa eccezione, e perchè fino alla pruova in contrario è considerato, malgrado il suo rifiuto, come il padre del fanciullo. Delvincourt lib. 1, tit. 6, nota 239 inclina a credere che il tutore dev'essere nominato di officio dal tribunale, mentre da una parte non si può esigere che i parenti paterni interessati direttamente o indirettamente a far pronunziare l'illegittimità, concorrano alla nomina del tutore che deve sostenere la legittimità; e dall'altra parte sarebbe nuocere al figlio far nominare il tutore da' soli parenti materni—Ma è da osservarsi che quando la legge non à espressamente determinato da chi la nomina del tutore debb'essere fatta, corre la regola delle forme ordinarie, e perciò si è giudicato che non vi sarebbe nullità se il consiglio si fosse composto di parenti o affini presi in maggior numero dal lato materno. Cass. di Francia 26 agosto 1806. Duranton t. 3, n. 96.

(3) La madre dev'essere chiamata in giudizio, perchè v'à doppio interesse, si per sostenere i dritti del figlio che si vuole privare della legittimità, che per difendere il suo onore che si trova compromesso.

(4) Questo capitolo è relativo alle pruove che debbono somministrare per la loro filiazione i figli legittimi. La pruova di questa filiazione dipende dalla inscrizione su' registri dello stato civile, in difetto d'inscrizione dal possesso di stato; in difetto dell'una e dell'altro, dalla pruova testimoniale appoggiata da un principio di pruova per iscritto: in fine, la legge à inteso rendere i Tribunali civili solo giudici in questa materia. Locré 3, p. 37, n. 7.

Non bisogna confondere intanto le pruove della *filiazione* con le pruove della *legittimità* della filiazione, essendo due cose ben diverse. La *filiazione* si prova con le regole in questo capitolo indicate: la *legittimità* della filiazione si prova con la esibizione degli atti di matrimonio de' genitori di colui la cui filiazione è provata, o pure in mancanza dell'atto di matrimonio, nel modo indicato dall'art. 190. Quindi se il figlio nell'atto di nascita è riferito come nato da Tizio e Caja conjugi, questo atto farà prova della filiazione del figlio; ma se viene contrastata la qualità di figlio legittimo, deve provare nel modo indicato dall'art. 190, il matrimonio de' suoi genitori. Per il che trattando questo capitolo le prove della filiazione della prole legittima, le sue disposizioni suppongono l'esistenza di un matrimonio. Queste idee non debbonsi perdere di veduta per bene comprendere le difficili ed importanti disposizioni in esame.

(5) Gli atti di nascita sono destinati a provare due fatti di grandissima importanza, la *nascita* cioè e la *filiazione*, o in altri termini che il fanciullo è nato, e che egli è figlio al

242. In mancanza di questo titolo basta il possesso continuo nello stato di figlio legittimo (1).

243. Il possesso di stato si stabilisce per mezzo di una sufficiente riunione di fatti, i quali indichino il rapporto di filiazione o di parentela tra un individuo e la famiglia a cui pretende appartenere (2).

I principali (3) tra questi fatti sono :

---

tale padre, alla tale madre. Il primo fatto viene dall' ufiziale dello stato civile attestato come certo, perchè il fanciullo gli dev' essere presentato, art. 57, e quindi l' atto fa fede fino alla iscrizione in falso, art. 47.

In quanto alla *filiazione*, l' ufiziale dello stato civile attesta un fatto che gli è stato dichiarato, e perciò senza impugnare la veracità dell' atto si può impugnare la veracità della dichiarazione e sostenere che il fanciullo à per padre e per madre persone diverse da quelle segnate sulla fattane dichiarazione. Per conoscere adunque qual forza abbia la dichiarazione fatta all' ufiziale delle stato civile, bisogna distinguere la filiazione legittima dalla filiazione naturale—Per la filiazione legittima sono da notarsi. 1.° Che la dichiarazione de' genitori fa fede contro di essi, art. 58, e non si può allora impugnare la filiazione del fanciullo, che o redarguendo l' atto di falsità, o negando l' idendità del reclamante. 2.° Che la dichiarazione nella filiazione legittima fatta dal padre che per legge à il dovere di dichiarare la nascita del figlio, art. 58, fa fede della maternità. Lo stesso dicasi se in assenza del padre la dichiarazione viene fatta dalle persone indicate nell' articolo 58, cui la legge impone di dichiarare la nascita del fanciullo : la maternità in questo caso prova la paternità del marito, tuttochè l' atto attribuisse la paternità ad un estraneo o ad un padre incerto, mentre quando è provato che una donna maritata è sgravata, per conseguenza di legge il marito è il padre del parto, art. 234. 3.° Che se la dichiarazione viene fatta dalla madre, la pruova della maternità induce quella della paternità per l' art. 234. Quindi qualora questa dichiarazione fosse falsa, il padre non è obbligato di redarguire di falsità l' atto, giacchè non s'impugna la veracità dell' atto, ma solamente la veracità della dichiarazione, per cui l' azione del padre è quella di rifiutare il figlio ne' casi contemplati dall'art. 234. Per lo contrario la moglie che volesse far riformare la dichiarazione di maternità fatta da suo marito, è obbligata di ricorrere alla inscrizione in falso, poichè essa non può sperimentare l' azione di rifiuto contro il figlio. Merlin repert. v. *Legitimité* sez. 2, §. 2, n. 3. Toullier t. 2, n. 848 a 863.

Dal fin qui detto segue che la dichiarazione di paternità e di maternità non fa pruova nè principio di pruova quando la dichiarazione è stata fatta da persone diverse da quelle indicate nell' art. 58. Toullier ibid.

È facile poi il conoscere la forza della dichiarazione di maternità o di paternità inscritta nell' atto di nascita de' figli naturali. L'atto fa fede della maternità quando la dichiarazione è stata fatta dalla madre o dalle persone che aveano la facoltà di farla, art. 58. Se poi la madre naturale non facesse alcuna dichiarazione, quella del padre non produrrebbe effetto contro la madre, e nello stesso modo quella della madre non produrrebbe effetto contro il padre, art. 60 e 259. In una parola trattandosi di filiazione naturale le dichiarazioni debbono partire da ambedue i genitori per produrre effetti contro l'uno e l' altro.

(1) L' atto di nascita è la prova più sicura della filiazione : questo atto però non basta per provare che l' individuo il quale se lo attribuisce sia la stessa persona del fanciullo nato nell' epoca segnata ne' registri dello stato civile. La pruova di questa identità si à dal *possesso di stato*, ossia dalla pubblica opinione che ogni individuo può avere del posto che tiene nella famiglia e nella società. Che anzi la forza di questo possesso è tale che può stare in luogo dell' atto di nascita che per qualunque motivo non si trovasse, purchè però il matrimonio del padre e della madre sia certo. Merlin repert. v. *Legitimité*, sez. 2, §. 4, n. 14.

(2) Il possesso di stato à tre caratteri principali : *nomen*, *tractatus*, *fama*. Un cittadino diviene padre, il figlio ne porta il cognome, *nomen;* e quantunque il padre e la madre non possono pregiudicare lo stato de' loro figli con il loro non riconoscimento e colle loro dichiarazioni, possono però assicurarlo col loro suffragio: questa massima ch' è dovuta al favore della legittimità, è stabilita dalla l. 1. §. 12, ff. *de agnoscendis et alendis liberis*-Il padre e la madre lo trattano come figlio, le due famiglie come parente, *tractatus*. Il pubblico lo riguarda come tale, *fama*.—L' articolo quindi esprime questi tre caratteri con precisione, indicando i fatti principali che caratterizzano il possesso di stato. Merlin repert. v. *legitimité* sez. 2, §. 4, n. 3. Toullier t. 2, n. 869.

(3) Determinare e precisare i soli fatti che possono comprovare il possesso di stato sarebbe correre il rischio tanto decisivo che si potrebbe privare il fanciullo di tutt' i soccorsi

che l'individuo ha sempre portato il cognome del padre cui pretende appartenere:

che il padre l'ha trattato come suo figlio, ed ha provveduto in questa qualità alla educazione, al mantenimento ed allo stabilimento di lui:

che è stato riconosciuto costantemente come tale nella società:

che è stato riconosciuto in questa qualità dalla famiglia.

244. Nessuno può reclamare uno stato contrario a quello che gli attribuiscono l'atto della sua nascita ed il possesso conforme a questo titolo.

E parimente nessuno potrà muovere controversia sopra lo stato di colui il quale ha un possesso conforme al titolo della sua nascita (1).

245. Mancando il titolo ed il possesso continuo, o quando il figlio fosse stato inscritto sotto falsi nomi, o come nato da genitori incerti, la pruova di filiazione può farsi per mezzo di testimonj. Ciò non ostante questa pruova non può essere ammessa, che allora quando vi sia un principio di pruova per Art. 48.

---

che la legge gli dona, e che per rendere la sua pruova più concludente, si sarebbe sovente renduta difficilissima per non dire impossibile. È in queste circostanze che la saviezza del giudice deve supplire al silenzio della legge, che non poteva prevedere tutte le circostanze. La sola cosa che poteva fare il legislatore era di rischiarare la religione del giudice, proponendogli degli esempî che possono servire come modello ne' giudizî. L'art. adunque facendo uso della parola *i principali*, è evidente che i fatti enunciati sono piuttosto degli esempî che propone, che de' *limiti* che abbia inteso stabilire. Si osservi inoltre, che neanche la *riunione* de' fatti indicati dalla legge è necessaria per istabilire il possesso di stato: potrà essere stabilito da fatti che senza essere esattamente quelli precisati dalla legge, sieno così numerosi e gravi da risultarne il vero possesso di stato. Bigot-Préameneau, Larahày e Duveyrier in Locré 3, p. 89, n. 19, p. 110, n. 21, p. 130, n. 25.

(1) Il vero senso di questo articolo è, che il concorso del titolo e del possesso è decisivo, non allorchè esiste un titolo qualunque, ma allorchè un titolo degno di confidenza, qual è l'atto di nascita, comprova che il figlio è nato da due conjugi; e che il possesso è così autentico come lo è il titolo. Ma se non si produce che un titolo oscuro che lascia delle incertezze sul padre e sulla madre, o che il posssso non sia evidente, il concorso del titolo e del possesso non prova più niente. Locré 3, p. 39, n. 8.

Non è da perdersi di mira che il titolo ed il possesso assicurano infallibilmente la *filiazione*, cioè la nascita e l'idendità, ma non la *legittimità* della filiazione, così che il figlio che unisce all'atto di nascita il possesso di stato di figlio legittimo, non è dispensato di esibire l'atto di celebrazione del matrimonio de' suoi genitori, o pure provarlo nel modo indicato dall'art. 190. Quindi lo stato de' figli, vale a dire la loro filiazione e la loro legittimità allora solamente è certa e non soggetta a disputa, quando riuniscono in loro favore l'atto di celebrazione del matrimonio de' loro genitori, l'atto di nascita, e finalmente il possesso continuo nello stato di figli legittimi. Toullier t. 2, n. 881. Vedi la nota 4, p. 50 e 51.

Quid se il possesso ed il titolo si contrariano? Merlin nella conclusione pronunziata nel 20 pratile anno 12, diceva che per l'art. 242 il possesso di stato può supplire ad un atto di nascita che non à mai esistito, ma esso non basta per assicurare la filiazione, quando esiste un atto di nascita che dà al figlio un padre ed una madre diversi da quelli ch'egli è in possesso di riconoscere per tali: la filiazione adunque provata coll'atto di nascita deve prevalere sulla filiazione indicata dal possesso di stato. Questions de droit v. *questions d'etat*, § 1.

Ma conviene osservare che la opinione di Merlin non sembra esatta, poichè nella discussione dell'art. in esame si propose la quistione se contrariandosi il titolo ed il possesso, quale de' due dovesse avere la preferenza, e si disse nella seduta de' 16 brumajo anno X (7 novembre 1801) da Portalis, che vi saranno certamente de' dubbî sullo stato, ma allora il possesso costante è certamente esso stesso un titolo che dispensa dal produrne alcun altro. Locré 3, p. 39, n. 8—Quindi se colui che à titolo senza possesso può con testimoni provare la sua idendità, come osserveremo nell'art. seguente; per l'opposto chi à il possesso contrariato dal titolo, il solo possesso forma pruova del suo stato, e colui che l'attacca esibendo il titolo, deve provare che il convenuto non sia figlio di colui a cui dal possesso pubblico viene attribuito.

iscritto, o quando le presunzioni o gl'indizj risultanti da fatti sino a quel tempo costanti si trovino abbastanza gravi per determinarne l'ammessione (1).

Art. 1301. 246. Il principio di pruova per iscritto risulta da' documenti di famiglia, da'registri e dalle carte private del padre o della madre, dagli atti pubblici e privati provegnenti da una delle parti impegnate nella contesa, o che vi avrebbe interesse se fosse in vita.

247. La pruova contraria potrà farsi con tutti i mezzi proprj a stabilire che il reclamante non sia il figlio della madre che pretende di avere, o pure che non è figlio del marito della madre, quando fosse provata la maternità (2).

---

(1) La pruova testimoniale è di sua natura troppo leggiera e troppo imperfetta per far dipendere da essa lo stato di chi non à titolo nè possesso di stato. I giureconsulti romani, abbenchè naturalmente inclinati ad accordare alle deposizioni de'testimoni lo stesso effetto che agli atti i più solenni, riguardano però la pruova testimoniale come insufficiente nelle quistioni di stato. Il far dipendere il riposo di una famiglia, il suo destino, dalla ignoranza o dalla malizia di un testimone preoccupato, sorpreso o corrotto, era agli occhi loro il massimo de'pericoli: la legge 2, cod. *de testibus*, ci offre un prezioso documento di questa dottrina.

Non bisogna però dedurre che in forza della citata legge sia indistintamente inammessibile la pruova testimoniale nelle quistioni di stato. L'imperadore Alessandro distingue tre specie di pruove nelle quistioni di stato: gli atti, le presunzioni, i testimoni. Egli decide che i testimoni non possono bastare per fare una pruova certa, allorchè sono soli, *soli testes*; ma non dice che le loro deposizioni saranno rigettate, quando saranno sostenute o dalla fede degli atti o dalla forza delle presunzioni; ei fa intendere chiarissimamente il contrario.

Il codice ammette la pruova testimoniale della filiazione in quattro casi. Il primo di questi casi è quando il figlio non è stato inscritto su'registri di nascita; il secondo quando dopo averlo fatto iscrivere sopra i registri di nascita, come nato da'suoi veri genitori, gli si è dato un possesso di stato contrario alla sua inscrizione; il terzo, quando si è fatto inscrivere sotto falsi nomi; il quarto, quando si è fatto inscrivere, come nato da genitori incerti. In tutti questi quattro casi, tutte le volte che un principio di pruova si riunisce a delle testimonianze non sospette, accorda la legge alla pruova testimoniale quella confidenza che l'è dovuta. Il principio di prova che fortifichi e garentisca in certo modo la fede de'testimoni che si vogliono far sentire, non è assolutamente necessario che sia per iscritto; possono incontrarsi presunzioni, indizi, ed un certo cumolo di circostanze che non ànno minore forza degli scritti, quando la verità non ne è contrastata. È necessario che non sia contrastata la verità delle presunzioni o degl'indizi per ammettere la pruova testimoniale, e l'art. esprime nettamente questa condizione con le parole *quando le presunzioni o gl'indizi* SINO A QUEL TEMPO COSTANTI *si trovino abbastanza gravi per determinarne l'ammessione*. Il che importa che le presunzioni o gl'indizi sieno riconosciuti da tutte le parti, o che la loro esistenza sia dimostrata a'giudici prima del chiesto esame, fuorchè per mezzo di testimoni. Quindi se un individuo pretende di essere inscritto sotto falsi nomi, ed i fatti da lui allegati sieno i più precisi ed i più concludenti, ma non conosciuti nè dimostrati, senza un principio di pruova per iscritto sulla pretesa filiazione, non può con testimoni provare i fatti dedotti. La conoscenza però di questi principj di pruova è rimessa alla dottrina del magistrato—Con ciò si concilia l'interesse pubblico con quello de'particolari: l'utilità pubblica è soddisfatta, in quanto che non si ammette leggermente la prova testimoniale; ed i particolari non potrebbero dolersi, poichè non vengono ridotti alla impossibilità di provare il loro stato, allorchè gli atti che potevano stabilirlo, sono perduti. Processi verbali del Consiglio di Stato di Francia, e discorsi degli oratori in Locré 3, p. 38 e 39, n. 8, p. 89, n. 21, p. 110, n. 23, p. 129 a 133, n. 24 a 26. Repert. art. *legitimité* sez. 3. e *questions de droit* v. *questions d'etat* §. 1. Toullier t. 2. num. 889, 890 e 891.

Non è da passarsi sotto silenzio che questo articolo e nessun altro del codice prevedono il caso ben frequente in cui l'individuo il quale à in suo favore l'atto di nascita, non può allegare un possesso di stato sufficiente per provare la sua identità. In questo caso la pruova testimoniale per la sua identità non può essere negata, nè osta il disposto del presente articolo che per ammettere la pruova testimoniale esige un principio di pruova per iscritto, o presunzioni ed indizi gravi, poichè non richiede queste condizioni se non quando *manchino titolo e possesso*. Non si può dunque estendere questa disposizione al caso in cui esiste un titolo: la condizione di chi à un titolo, e quella di chi non l'ha non potrebbe essere eguale. Repert. v. *Legitimité* sez. 2. §4, n. 5. Toullier t. 2. n. 883.

(2) Per bene comprendere l'oggetto e lo spirito di questo art. conviene ravvicinarlo a

248. I tribunali civili saranno i soli competenti per pronunziare su i richiami di stato (1).

---

quello che, adottato sulle prime dal consiglio di stato di Francia, era stato comunicato al Tribunato. L'art. comunicato al tribunato era concepito così: *La famiglia alla quale il reclamante pretende di appartenere, sarà ammessa a contrastare il suo reclamo con tutti i mezzi propri a provare, non solo ch'egli non è il figlio del padre, ma ancora che non è il figlio della madre ch'egli reclama.*

Su questo art. il tribunato fece la seguente osservazione: « La sezione à opinato che » l'unico oggetto dolla disposizione dell'art. era di cambiare la giurisprudenza su di un caso » particolare facile a prevedersi. Si cita un esempio: un individuo che non à nè possesso » nè titolo reclama contro di una famiglia cui pretende di appartenere. Che fa egli in pri» ma? Dimanda che il suo reclamo sia giudicato relativamente alla persona ch'egli dice » esser sua madre, e da cui sostiene di esser nato durante il matrimonio: se la sentenza sulla » maternità non gli è favorevole, egli non va più oltre: ei sa che con tutto ciò è deciso; » imperciocchè non essendo il figlio della moglie, non può esserlo del marito; tutto al più » ei non sarebbe che illegittimo adulterino. Se, per l'opposto, riesce a far decidere che co» testa donna è sua madre, gli basta, secondo la giurisprudenza ancora in vigore di oppor» re, in rapporto al padre, la massima *pater is est*. Non per tanto può accadere che i pa» renti della moglie, sia per negligenza sia per collusione col reclamante, abbiano lasciato » ammettere un reclamo pochissimo fondato, e che i parenti del marito si trovino lesi al» l'ultimo grado da una sentenza da cui si pretenda conchiudere che il reclamante era il » figlio del marito, quantunque nella lite non fosse stata quistione che il sapere s'egli era » figlio della moglie. L'articolo del progetto ha per iscopo di rimediare a questo grave in» conveniente; la sezione non può che approvare un sì giusto motivo; ma simultaneamente » essa opina, che per non lasciar nulla a desiderare sulla chiarezza del senso, e sulla faci» lità dell'applicazione, la disposizione debb'essere concepita in questi termini » (uniformi all'articolo in esame). Locré 3, p. 79, n. 13. »

La proposizione del tribunato fu adottata, e l'art. è stato redatto ne' medesimi termini da quel corpo proposti. Laonde è oggi costante, che ad un individuo che non avendo nè titolo nè possesso vuole provare con testimoni la maternità ch'è sempre certa, la legge altro favore non poteva rendergli che dispensarlo dalla prova della paternità in persona del marito della madre, in virtù della presunzione *pater is est*. Ma questa presunzione di già attenuata dalle circostanze in cui egli si trova, può esser distrutta con altre presunzioni presentate dagli eredi del marito o da altre persone interessate ad impugnare la legittimità, poichè non si tratta di combattere la presunzione di paternità che non esiste, non essendovi nè titolo, nè possesso di stato, nè atto di nascita, nè relazione conosciuta di parentela e di famiglia. Duveyrier in Locré 3, p. 132, n. 26. Merlin v. *legitimité* sez. 2, §. 4, n. 7— Toullier t. 2, n. 895, 896 e 897.

Dal fin qui detto non è difficile il comprendere che il marito e gli eredi del marito, quando un figlio nato dalla di lui moglie, durante il matrimonio, non à nè titolo nè possesso di stato, e si presenta per reclamare i dritti di figlio legittimo, non sono obbligati di ricorrere al non riconoscimento, nè i termini prescritti dagli art. 238, 239 e 240 ne' quali debb'essere formato il non riconoscimento si applicano al caso in parola. Vedi la dotta requisitoria di Merlin profferita all'udienza della Corte di Cassazione di Parigi nel dì 8 novembre 1809 e l'arresto uniforme nelle quistioni di dritto, v. *legitimité*, §. 2.

(1) Questo art. ed il seguente delle leggi civili sono la guarentigia dello stato de' cittadini. Deciferare le controversie nelle quali trattasi dello stato delle persone, val dire, di sapere se tale persona sia nazionale o straniera, se gode della vita civile o se abbia perduto l'esercizio de' dritti civili, se sia maritata o no, se sia nata da tal padre o da tal madre, è una delle materie più importanti della legislazione civile.

I. Le quistioni di stato sono per eccellenza chiamate *pregiudiziali*; *praejudicia*, *actiones praejudiciales*, cioè, ch'esse debbono essere discusse e risolute prima di occuparsi delle differenze che ne dipendono, e sulle quali per conseguenza ànno una influenza necessaria: queste sarebbero senza oggetto se la persona che le eleva soccumbesse nella prima. Il §. 13. delle Instituta *de actionibus*, la legge 1 del codice sotto il titolo *de ordine cognitionum* e le l. 3 e 5 ff. *de agnoscendis et alendis liberis*, ci forniscono degli esempi delle quistioni pregiudiziali di stato. Vinnio nel § 13, *Inst. de action.* n. 1. Ubero su gl'Instituti, *de action.*, n. 15: *praejudicium per excellentiam vocatur judicium status*.

Non debbe dedursi però che le quistioni di stato sieno sempre pregiudiziali, nel senso abituale di questa parola: esse non lo sono che quando elevinsi incidentemente a domande che le presuppongono decise a favore delle parti dalle quali queste domande sono formate. Laonde, che un figlio reclami in virtù del suo atto di nascita, una filiazione diversa da quella

Art. 346. ll. pp. 249. L'azione criminale contro al delitto di soppressione di stato non po-

---

che gli assegna questo atto, ciò sarà da sua parte, un'azione principale; e la quistione ch'essa presenterà ai giudici, quantunque *pregiudiziale* di fatto, per l'influenza necessaria ed inevitabile che ne avrà il giudizio sopra tutti gli effetti della filiazione contraddetta, non lo sarà intanto di nome. Ma che, su di una domanda in divisione di eredità, sia opposto al sedicente figlio che la forma, un fine di non ricevere, tratto dal perchè egli è straniero alla famiglia, la quistione che nascerà da questo incidente, sarà pregiudiziale di nome, come di fatto; e bisognerà che il giudice la decida, prima di occuparsi della domanda in divisione. Da ciò nasce che le quistioni di stato si elevano tanto in via principale che d'incidente.

II. I giudici competenti per pronunziare su'reclami di stato sono i tribunali civili, dice l'art. 248, poichè lo stato de'cittadini è sotto la tutela de'tribunali civili. In conseguenza questo principio deroga alla regola generale secondo la quale ogni giudice competente per istatuire sopra una domanda, lo è, anche per ciò, per istatuire sulle quistioni incidenti alle quali siffatta domanda dà luogo, quantunque d'altronde coteste quistioni sieno fuori della sua competenza quando sono principalmente proposte.

Per il che una quistione di stato elevata innanzi ad un tribunale di commercio o di un giudice di circondario, debbe rinviarsi a'tribunali civili.

III. E lo stato de'cittadini è di una importanza tanto ragguardevole, che conveniva elevare a reato, e punire il fatto della soppressione dello stato: il codice penale a norma di civil garantia punisce con la reclusione il reato di soppressione di stato, art. 346 ll. pp. Ma era conveniente che il legislatore avesse impedito l'uso fraudolento che facevasi ne'tempi passati dalle parti civili, del dritto di perseguitare il delitto di soppressione di stato per via di querela. « Esempi numerosi (diceva Duveyrier innanzi al corpo legislativo), soprattutto in questi ultimi » tempi, ànno denunziato un abuso che il carattere criminale del fatto originario sembrava giustificare. Privato avanti i tribunali civili della facoltà pericolosa di comporsi una » pruova testimoniale, perchè esso non avea nè titolo nè possesso nè principio di pruova, » il reclamante portava il fatto originario sotto la qualificazione di delitto, avanti il tribunale criminale, *e rimpiazzava in tal guisa una prova testimoniale impossibile con una* » *informazione indispensabile*. Era questa una sovversione di ogni ordine giudiziario, ed » uno instrumento fatale *messo alla portata di tutti*, per iscuotere dalle loro fondamenta » le famiglie le più pure e le più rispettate. D'altronde, il fatto che dà luogo al reclamo, » può senza dubbio essere un fatto colpevole; *ma l'oggetto del reclamo è puramente civile,* » *e la parte civile non può avere l'azione punitiva de' delitti*. L'interesse della società è » alcerto che i misfatti sieno repressi, e che le prove le quali conducono alla loro punizione, » non periscono; ma un maggiore interesse comanda che il riposo della società non sia turbato, sotto pretesto di fortificarlo. La riforma di questo abuso era desiderabile; essa era » generalmente desiderata. Laonde, dopo di avere stabilito che i tribunali civili sono soli » competenti per statuire sopra i reclami di stato, il progetto di legge, *con una disposizione contraria al dritto comune, ma unicamente applicabile a questo caso*, ed evidente» mente utile, dispone che l'azione criminale contro un delitto di soppressione di stato, » non potrà intraprendersi che dopo il giudizio definitivo della controversia civile ». Locré 3, p. 132, n. 27.

Con egual forza e dottrina l'oratore del governo francese Bigot-Préameneau rende motivo della savia disposizione dell'art. 249. Locré 3, p. 90 n. 22.

IV. La giurisprudenza, supplemento della legislazione, à sull'oggetto stabilito le seguenti massime:

1.° Che la falsità de'nomi co'quali un fanciullo è stato inscritto ne'registri dello stato civile non può essere provata per via criminale, prima della sentenza definitiva sullo stato di questo fanciullo, perciocchè il misfatto di falso avendo per oggetto di operare una filiazione diversa da quella della natura, e per conseguente una soppressione di stato, ne risulta che la prevenzione di simil misfatto non può essere portata alla conoscenza della corte criminale, senza intermezzo e senza preliminare del giudizio civile sulla quistione di stato—Cass. di Francia 25 novembre 1808, decisione del 20 pratile anno 12 sulle dotte conclusioni di Merlin e dopo un *consultis classibus*, e molte altre simili decisioni in Merlin v. *atto di nascita* §. 11, *supposizione di parto*, §. 1, *e quistioni di stato* 1. §. 1.

2.° Che anche quando non vi sia controversia ligata sullo stato di un figlio, il ministero pubblico non può perseguitare di officio il delitto di soppressione o di supposizione di questo stato. Merlin si sforzò di dimostrare il contrario, sostenendo che l'art. 249 sia applicabile al caso in cui una quistione di stato sia agitata fra parti civili: esso non può quando le parti civili si tacciono, legar le mani al ministero pubblico. Aggiungeva il giureconsulto, che sarebbe in supremo grado irragionevole, che un misfatto di falso rima-

trà intraprendersi, se non dopo la sentenza definitiva sulla quistione di stato.

---

nesse perpetuamente impunito sotto il pretesto che niuna parte privata venisse a denunciarlo per la via civile, e che dovesse precisamente la sua impunità alla circostanza sicuramente aggravantissima, che sarebbe stato commesso nell'atto il più rilevante della vita sociale. Queste conclusioni non furono seguite con più arresti, ed in uno de'quali replicandosi agli argomenti di Merlin si legge tra l'altro così: « L'art. 249 è generale ed asso-
» luto per la parte pubblica, come per la parte civile. Che se è fuori del dritto comune, e
» se può anche sembrar pericoloso che l'azione criminale sia così sospesa ed eziandio e-
» ventualmente annientata, relativamente a' misfatti i quali interessano sì essenzialmente
» l'ordine sociale, *il riposo delle famiglie à potuto presentare a'legislatori considerazioni*
» *di un interesse più grave*. Che d'altronde non appartiene a'tribunali di valutare la sag-
» gezza delle leggi; che il loro dovere è di rispettarne e far eseguire le disposizioni »—Quistioni dritto v. *question d'etat*, §. 2.

E la corte suprema di Giustizia di Napoli à persistito nel rincalzo della medesima massima. Con arresto del dì 12 gennajo 1815 (supplemento alla collezione delle leggi t. 2, serie criminali, n. 148) la corte di cassazione sulle uniformi conclusioni del procurator generale Poerio rigettò il ricorso del M. P. presso la G. Corte criminale di Cosenza, la quale avea vietato il procedimento penale per reato di falsità negli atti dello stato civile, per non essersi prima statuito sulla quistione di stato presso i tribunali civili.

Era più grave il caso che si presentò innanzi la corte criminale di Napoli nel 1837. Una donna avea dichiarato all'ufiziale dello stato civile di essersi sgravata di una bambina procreata con un uomo che dichiarò suo marito, mentre stava nel fatto nè si metteva in controversia che la bambina ad altra donna si apparteneva, e che l'uomo asserito padre della bambina era ligato in matrimonio con altra donna. Il M. P. tradusse in giudizio questa donna, accusandola di falsità negli atti dello stato civile e di supposizione di parto. Prodotta l'eccezione di non potersi spiegare procedimento penale prima del giudizio civile sulla quistione di stato, venne questa eccezione rigettata, e malgrado i nostri sforzi per sostenere la tesi di essere vietato il procedimento, la imputata fu dopo pubblica discussione condannata a sei anni di reclusione qual rea di soppressione di stato, a' termini dell'art. 346 leg. penali. Ma essendosi attaccata questa decisione con ricorso per annullamento, l'avvocato generale del Re signor Nicolini sostenne con la superiorità del suo ingegno il ricorso, e la Corte suprema con arresto del dì 10 febbrajo 1838 annullò la decisione di condanna e gli atti preliminari per violazione degli art. 248 e 249, leg. civ. La G. Corte criminale di S.Maria pronunziando in grado di rinvio, vietò il procedimento penale per non essersi dal tribunale civile statuito sulla quistione di stato.

3.° Che quando una quistione di stato è impegnata avanti un tribunal civile, il figlio il quale pretende essere stato inscritto sotto falsi nomi, non può, senza un principio di prova per iscritto, ed un concorso di presunzioni che ne tengano il luogo, essere ammesso a provarlo con una iscrizione di falso incidente diretta contro il suo atto di nascita; per la ragione che se si ammettesse l'iscrizione in falso contro l'atto di nascita s'indurrebbe la pruova testimoniale sulla quistione di stato, senza principio di pruova per iscritto, mentre la pruova del falso si fa civilmente *tanto con titoli che con testimonj*—Arresto della Corte di Cassazione di Parigi de' 22 maggio 1809 sulle conclusioni di Daniel, in Merlin *quistioni di dritto* alla v. *question d'etat*, §. 3.

Ma è da notarsi che l'art. 346 delle leggi penali riceve la sua applicazione indipendentemente dal giudizio civile sulla quistione di stato, quando il querelante è in possesso dello stato di cui si duole esserne la pruova stata distrutta. Così se Tizio è nel possesso di stato di figlio legittimo di Cajo, e questo stato non s'impugna, se querela Mevio di aver distrutta la pruova di questo stato, la quale potrebbe un giorno esser necessaria a lui ed a' suoi discendenti per istabilire i dritti a future successioni, la sua azione criminale non può essere sospesa dal giudizio sulla quistione di stato, la quale non esiste affatto, nè può esistere. Toullier t. 2, n. 907.

V. E le quistioni di stato sono di tanta importanza nella legislazione civile, che mentre è regola generale di dritto che il giudicato forma legge *tra le medesime parti*, (art. 1305), le decisioni che intervengono nelle cause di stato formano un'eccezione a questo principio, ed ànno la forza di cosa giudicata *inter omnes*. Questa eccezione rimonta al dritto romano, ed è fondata su potenti motivi di ordine e d'interesse pubblico. Oh quanto sarebbe misera la condizione dell'uomo, dice Toullier (t. 10, n. 217,) se ad ogni occasione che si presenta di esercitare i suoi dritti potessero rinnovarsi liti sul suo stato! Nulla dunque di più saggio quanto questa regola. Le sentenze emanate in materia di stato fissano irrevocabilmente la sorte di colui a pro o contro del quale vengono pronunciate. Esse ànno contro tutti, e per tutti, l'autorità della cosa giudicata; sono in somma tante leggi per la società: *jus faciunt*.

Art. 1088 p. c. 250. L'azione per reclamare lo stato è imprescrittibile riguardo al figlio(1).

251. La detta azione non può essere intentata dagli eredi (2) del figlio il quale non abbia reclamato, se non nel caso in cui fosse morto in età minore (3), o ne'cinque anni dopo la sua maggiore età (4).

Art. 490 p. c. 252. Gli eredi possono proseguire quest'azione, quando sia stata promossa dal figlio; purchè non abbia desistito formalmente, o non abbia lasciato oltrepassare tre anni computabili dall'ultimo atto della lite, senza proseguirla(5).

Ma affinchè i giudicati in materia di stato ottengano forza di legge contro a tutti sono necessarie due condizioni:

1.° Che sieno pronunziati con un *legittimo contraddittore*, *justo contradictore*, dice la legge 3, ff. *de collus. detegenda.* I legittimi contraddittori sono quelli che ànno il *primitivo e prossimo interesse* nella causa. In conseguenza nelle quistioni di stato, per esempio, quando il figlio reclama il suo stato, e pretende che sia nato da Tizio e dalla sua legittima moglie, e nelle questioni di nullità di matrimonio, debbono essere chiamati i conjugi ed i figli procreati col precedente matrimonio di uno de' conjugi, o pure collo stesso matrimonio; e se questi figli fossero in età minore dovrebbero i genitori essere citati anche nella qualità di loro tutori naturali;

2.° Che per avere la sentenza in materia di stato la forza di cosa giudicata contro tutti, è necessario che la quistione di stato ne sia *l'oggetto principale*, e l'oggetto principale della quistione di stato esiste tanto se viene proposta principalmente che per via di incidente o di eccezione. Viene la quistione di stato proposta principalmente e per via di azione, quando, per esempio, un fanciullo, lo stato del quale è stato soppresso, pretende di esser nato da Tizio e da Caja conjugi, e domanda in conseguenza di esser riconosciuto per loro figlio legittimo. Viene proposta incidentemente e per via di eccezione, quando per esempio il figlio domanda la divisione de' beni paterni, ed i fratelli gli oppongono di non esser figlio legittimo—Vedi in questa materia Toullier t. 10, n. 216 a 233.

(1) L'azione del richiamo di stato accordata al fanciullo dovea essere imprescrittibile, perchè si agisce per una proprietà più importante di quella de'beni, e perchè non si sa a qual epoca il figlio avrà conoscenza delle pruove del suo stato. Bigot—Préameneau, Larahay e Duveyrier in Locré 3, p. 90, n. 25, p. 112, n. 26, e pag. 133, n. 28.

(2) Senza distinzione di eredi diretti o eredi testamentari. Ben vero gli eredi collaterali e testamentari possono sperimentare l'azione di reclamo di stato competente al defunto, solamente per raccogliere dritti verificati, poichè la misura delle azioni è l'interesse. Gli eredi diretti per lo contrario possono sperimentare l'azione per reclamo di stato, quantunque non si fosse dato luogo a verun dritto prima della morte del figlio, poichè ànno un interesse presente ed attuale a far riconoscere lo stato del loro autore. Rep. v. *legitimité* sez. 4, §. 1, n. 2. Toullier t. 2, 914.

(3) Per la ragione che non avea la capacità di esercitare i suoi dritti.

(4) È d'uopo osservare che la prescrizione di cinque anni non può essere opposta agli eredi, se non quando il figlio il quale non à reclamato il suo stato, non ebbe finchè visse nè titolo nè possesso continuo di figlio legittimo a'termini dell'art. 242. Ma se il defunto fosse stato nel possesso del suo stato, e si opponessero degli errori nell'atto di nascita, gli eredi potrebbero sempre chiedere la rettificazione, qualunque sia l'epoca trascorsa dalla sua morte. Dec. della Corte di Aix 17, agosto 1808, in Sirey anno 1809, 2. parte p. 272. Toullier t. 2, n. 912.

È da osservarsi inoltre che se il figlio muore nella minor età o ne'cinque anni dalla maggior età, l'articolo non fissa alcun termine particolare entro il quale gli eredi debbono sperimentare l'azione. In questi casi quindi l'azione degli eredi si prescrive con trent'anni, art. 2168, computabili dal dì della morte del figlio. Toullier t. 2, n. 913.

(5) L'azione per reclamare lo stato non si ammette per effetto di questo art. quando promossa dal figlio, vi abbia costui *formalmente* desistito, poichè in questo caso il figlio à conosciuto la ingiustizia delle sue domande; e si prescrive contro gli eredi del figlio quando dopo di averla intentata egli stesso, l'à lasciata per tre anni senza proseguirla, poichè avendo fatta perimere l'istanza, art. 490 p. c., si presume che abbia tacitamente riconosciuto di esser mal fondata la sua azione. Questa presunzione però va contro gli eredi del figlio, e non già contro il figlio, il quale finchè vive può sempre intentare la sua azione, ed il non proseguimento per tre anni non produce contro di lui alcuna eccezione d'inammessibilità. Ed affinchè l'art. in disamina esprimesse questa distinzione, il Tribunato di Francia ne propose la compilazione nel modo come giace, e questa proposizione venne adottata sostituendosi l'art. a'due che lo rimpiazzavano nella prima compilazione che avea adottato il Consiglio di Stato. Locré 3, p. 79, n. 15. Merlin v. *legitimité* sez. 4, §. 2, n. 4—Toullier t. 2, n. 914.

CAPITOLO III.

De' figli naturali (1).

SEZIONE I.

Della legittimazione de' figli naturali (2).

253. I figli nati fuori di matrimonio, eccettuati gl'incestuosi e gli adulterini, s'intendono *ipso jure* legittimati, mediante il susseguente matrimonio delle loro madri co' loro padri, quando costoro gli avranno legalmente riconosciuti per figli prima del loro matrimonio, o gli riconosceranno nell'atto stesso della celebrazione (3). Art. 260.

---

(1) Vengono così chiamati que' figli nati fuori matrimonio. Se ne distinguono due classi: la prima comprende quelli che sono nati da genitori i quali potevano contrarre matrimonio all'epoca del concepimento: la seconda comprende quelli che sono nati da un commercio incestuoso, adulterino o sacrilego, vale a dire, che i genitori erano ligati da parentela o affinità ne' gradi proibiti a contrar matrimonio, o da genitori uno de' quali era ligato in matrimonio all'epoca del concepimento, o finalmente da genitori uno de' quali era ligato da voto solenne o ordine sacro — Vi sono finalmente figli naturali detti *vulgo quaesiti*, o *spuri*, cioè quelli nati da pubbliche meretrici.

(2) La legittimazione è una finzione che cancella il vizio della nascita di un illegittimo. e lo mette nel novero de' figli legittimi.

Gl' imperadori romani immaginarono parecchi mezzi per trarre i figli dallo stato d'illegittimità: i testi del dritto ce ne offrono sei:

1.° Legittimazione per *oblationem curiae*, l. 3, Cod. *de naturalibus liberis*, e Novella 98;

2.° Legittimazione per adozione introdotta da Anastasio, che permetteva a' padri che non aveano figli legittimi, di adottare i loro figli naturali: questa legge fu abolita da Giustiniano; l. 6, Cod. *de naturalibus liberis* e Novella 74. cap. 3.

3.° La legittimazione per testamento fu introdotta da Giustiniano col cap. 2 della Novella 74. Secondo questa legge, allorchè un padre non avea figli legittimi, e che avea avute buone ragioni per non isposare la madre de' figli naturali, poteva dichiarare col suo testamento d'essere sua intenzione di legittimare costoro e d' instituirli suoi eredi.

4.° La legittimazione per riconoscimento del padre fu introdotta con la Novella 117, c. 2, da Giustiniano, favorevole alle legittimazioni. Quando il padre qualificava in un atto giudiziario o innanzi a tre testimoni per suo *figlio*, senza aggiungere *naturale* uno de' figli avuti con una donna con la quale avrebbe potuto unirsi in matrimonio, non solo colui che egli onorava con questo nome, ma anche tutt' i suoi fratelli nati dalla stessa madre, divenivano legittimi, e la madre stessa era inalzata alla dignità di sposa.

5.° La legittimazione per susseguente matrimonio prende la sua origine da una constituzione di Costantino, la quale non è giunta fino a noi, ma il di cui tenore è ricordato in una legge dell'imperatore Zenone, ch'è la quinta, Cod. *de naturalibus liberis*. Anastasio con la l. 6 detto titolo ordinò che i figli naturali nati dalla donna che si veniva a sposare succedessero: e surto il dubbio se questi figli dovessero succedere anche quando nascessero altri figli dopo il matrimonio, Giustiniano con la l. 10 dello stesso titolo risolse affermativamente la quistione.

6.° Da ultimo la legittimazione per rescritto del principe fu indrodotta da Giustiniano con la Novella 74, cap. 2.

Il codice francese non riconobbe che la sola legittimazione per susseguente matrimonio. L'uso della legittimazione per rescritto del principe cessò in Francia dall' epoca della constituzione del 1791, ed il codice civile non ne fece parola.

Le nostre leggi civili riconoscono la legittimazione per susseguente matrimonio, ed ànno ristabilita quella per rescritto del principe.

(3) Ragioni morali, religiose e politiche ànno fatto attribuire al matrimonio susseguente l'effetto di legittimare i figli anteriormente nati. Questa legittimazione rimonta, come ab-

Art. 660 e 661. 254. La legittimazione può aver luogo anche a favore de' figli premorti

---

biamo detto nella nota precedente, al dritto romano: fu riconosciuta dal dritto canonico, ed era bellamente consacrato in un capitolo delle decretali che *tanta vis est matrimonii, ut qui antea sunt geniti post contractum matrimonium, legitimi habeantur.*

Fu dagli autori del codice civile valutato, come si rileva da' discorsi degli oratori, che l'ordine pubblico, il dovere del padre, l'interesse della madre, il favore dovuto a'figli, tutto concorreva a mantenere questa specie di legittimazione, quantunque le leggi inglesi non l'avessero adottata, perchè in quel paese considerata come favorizzante il concubinaggio. Locré 3, p. 91 a 93 n. 28, p. 113, n. 29, e p. 133, n. 31.

Conviene ora considerare attentamente le condizioni richieste per dar luogo alla legittimazione per susseguente matrimonio.

1.° Il matrimonio dev'essere valido, ossia celebrato in faccia della chiesa e preceduto dalle formalità richieste perchè produca effetti civili: art. 67, 151 e 189—Il matrimonio *in extremis* quantunque non preceduto dalle formalità civili, opera la legittimazione de' figli naturali: art. 179. Il matrimonio *putativo* non opera la legittimazione dei figli nati prima del matrimonio, sebbene questa proposizione è contraddetta da qualche giureconsulto: vedi la nota 1, pag. 52.

2.° Perchè un illegittimo sia legittimato col susseguente matrimonio di suo padre e di sua madre, è d'uopo che non siavi stato impedimento dirimente tra costoro all'epoca del concepimento illecito che ànno avuto insieme. Questo precisamente decide la legge 11 Cod. *de naturalibus liberis*, alle parole, *eam tamen cum qua poterat habere connubium*, non che la legge 10 dello stesso titolo, la novella 12, cap. 4, e la novella 89, cap. 8. Dal che risulta, che un illegittimo adulterino non può mai essere legittimato, e la decretale *tanta* ne contiene una disposizione testuale: *Si autem vir vivente uxore sua, aliam cognoverit, ex ea prolem susceperit licet, post mortem uxoris, eamdem duxerit, nihilominus spurius erit filius.... quoniam matrimonium legittimum inter se contraere non potuerunt*—Le leggi nuove non si sono allontanate da siffatte disposizioni, poichè nell'art. in esame sta chiaramente detto che i figli nati fuori matrimonio sono legittimati per susseguente matrimonio, *eccetto gli adulterini.*

Evvi la medesima ragione per decidere che un figlio naturale è considerato *adulterino*, e con questa qualità incapace di legittimazione, quando suo padre e sua madre, di cui l'uno era unito in matrimonio ad un altro all'epoca del suo concepimento, trovansi tutti e due liberi al momento della sua nascita. Imperciocchè la macchia è contratta col concepimento, e non colla nascita; ed il matrimonio susseguente non può lavarla nè purificarla. Se la ragione per cui un figlio conceputo prima del matrimonio e nato dopo, gode tutti i vantaggi della legittimità, l'è perchè la legge suppone che il matrimonio sia stato celebrato, almeno per voto e per desiderio, fin dall'epoca del concepimento; a pari questa supposizione non può farsi quando il matrimonio non poteva esser contratto all'epoca del concepimento. Rep. v. *legitimation* sez. 2, §. 2, n. 7.

3.° L'art. in disamina nega la legittimazione de' figli *incestuosi*, ossia nati da coloro che all'epoca del concepimento non potevano contrar matrimonio per parentela o affinità ne' gradi contemplati dall' art. 160. Dal perchè le leg. pen. non definiscono, nè contengono alcuna sanzione contro l'incesto che i popoli giustamente guardano con orrore, ne à conchiuso Toullier t.2, n. 933, che il matrimonio susseguente, contratto con dispensa, legittima gl'illegittimi incestuosi, perciocchè, come anticamente si pensava da molti dottori, la dispensa mette le parti in istato di maritarsi, come se non fossero in grado proibito; il che la fa rimontare al tempo del concepimento de'figli—Merlin v. *legitimation* sez. 2, §. 2, n. 9; e Delvincourt lib. 1, tit. 6, nota 161 sostengono ragionevolmente l'opinione contraria, perciocchè l'art. eccettua indeterminatamente gl'illegittimi incestuosi dalla classe di coloro che il matrimonio susseguente legittima; nè poteva avere in vista che il caso del matrimonio tra parenti o affini, contratto con dispensa, mentre non poteva avere in vista i parenti o affini pe' quali non può accordarsi dispensa di matrimonio.

4.° La legittimazione de' figli naturali à luogo pel susseguente matrimonio de'genitori, quantunque vi fosse stato un matrimonio intermedio fra il concepimento de' figli naturali e 'l matrimonio de' genitori. Rep. v. *legitimation* sez. 2, §. 2, n. 11.

5.° Perchè la legittimazione abbia luogo a favore de' figli naturali, è necessario che costoro sieno stati riconosciuti da' genitori prima della celebrazione del matrimonio, o al più tardi nell' atto della celebrazione del matrimonio medesimo. Non senza gravi discussioni passò nel Consiglio di Stato di Francia questa disposizione. Il ministro della giustizia con calore sostenne il contrario, poichè è possibile, egli diceva, che il pudore e l' interesse di non disgustare parenti austeri vietano di riconoscere il figlio sia prima sia nell' atto della celebrazione del matrimonio. Che perciò, egli continua, se la legittimazione è un

che hanno lasciato discendenti superstiti; ed in tal caso giova a' detti discendenti (1).

255. I figli legittimati col seguente matrimonio avranno gli stessi diritti, come se fossero nati da questo matrimonio (2). Art. 661 e 667.

256. La legittimazione di mera grazia accordata con decreto del Re gioverà a fare acquistare al figlio i diritti della legittimità: ma non recherà pregiudizio a' figli legittimi, nè ad altri congiunti per ciò che riguarda la successione (3). Art. 682.

---

effetto necessario del matrimonio, le dichiarazioni de' genitori e tutte le altre formalità non servono che a confermare questo principio—Ma l'art. fu adottato sopra tre gravissimi motivi. 1.° Che la legittimazione non è, come altra volta, un effetto necessario del matrimonio, ma un beneficio della legge, poichè la filiazione non potendo essere provata che pel riconoscimento del padre, è evidente che senza la ricognizione anteriore o nell'atto della celebrazione, il figlio non può essere legittimato: 2.° Gli esempi provano che riconoscimenti fatti dopo il matrimonio ànno introdotto talvolta nelle famiglie de' figli estranei, o almeno i figli di uno degli sposi il quale con minacce ottiene il consenso dell'altro; 3.° Che il falso pudore de' genitori di riconoscere un figlio nell'atto della celebrazione del matrimonio, non è un motivo soddisfacente per autorizzare un riconoscimento posteriore, mentre la legge non prescrive necessariamente che il riconoscimento sia nell'atto della celebrazione o innanzi all'uffiziale della stato civile, ma basta che il figlio sia stato prima del matrimonio legalmente riconosciuto: or è anche legale il riconoscimento fatto innanzi notajo di fiducia, art. 257—Locré 3, p. 42 a 47, n. 4 e 5.

Notisi però che se il riconoscimento posteriore al matrimonio non conferisce al figlio i dritti di legittimità, esso però non sarebbe nullo, art. 260, e conferirebbe i dritti accordati dagl'art. 261 e 674, a' figli naturali su' beni de' genitori. Toullier t. 2, n. 924.

(1) L'equità à prescritto questa misura. La legittimazione del padre à sulla sorte e sulla fortuna de' suoi figli una tale influenza, che non è stata riguardata come un beneficio personale. È un capo di famiglia che la legge à voluto creare: se questo capo non esiste più, i suoi discendenti debbono essere ammessi a rappresentarlo. Così la legge mantiene nelle famiglie i beni che sarebbero passati a degli estranei, e consola i figli di colui che durante la sua vita era stato ingiustamente privato del beneficio della legittimazione. Bigot-Préameneau, Larabay e Duveyrier in Locré 3, p. 92, n. 28, p. 114, n. 30, e p. 135, n. 34.

(2) I dritti della legittimazione per susseguente matrimonio, sono gli stessi che quelli della legittimità. « Bisogna solamente osservare (diceva Duveyrier nel suo rapporto al » corpo legislativo) che il loro effetto non risale all'epoca della nascita de' figli; che non » può operare se non dal momento ch' esiste; e che non esiste se non col matrimonio che » la produce. Tutto ciò che si è passato nella famiglia del padre o della madre prima del » loro matrimonio, è straniero a' figli legittimati da questo matrimonio; e questo è ciò » che il progetto di legge ben esprime, dicendo che i figli legittimati col susseguente ma» trimonio, avranno gli stessi diritti che se fossero nati da questo matrimonio » Locré 3, p. 135, n. 33.

Si può in conseguenza stabilire per principio, che l'effetto della legittimazione per susseguente matrimonio non è retroattivo, ed il figlio non può pretendere verun dritto sopra le successioni aperte prima del matrimonio de' suoi genitori. Conclusioni di Merlin sulle quali fu profferito l'arresto del di 11 maggio 1811, in Sirey, anno 1811, p. 129. Toullier t. 2, n. 930.

(3) Devesi all' imperatore Giustiniano l'introduzione di questa specie di legittimazione: il capo 2 della novella 74, è il testo più antico che ne faccia menzione. L'uso di questa specie di legittimazione fu abrogato in Francia colla costituzione del 1791, e Bigot-Préameneau espone i motivi per cui non fu ristabilita dal codice. Locré 3, p. 97, n. 30. Vedi la nota 2, p. 77.

Il nostro legislatore prendendo in considerazione la impressione che secondo la sana morale produce la qualità di figlio naturale à ristabilito la legittimazione per rescritto. Questa facoltà appartiene al Sovrano per quanto riguarda gli effetti civili della legittimazione, poichè i rescritti di legittimazione per ricevere gli ordini sacri e possedere beneficii colla cura di anime si accordano dal Papa soltanto, e quelli per ricevere gli ordini minori e possedere beneficii semplici, possono anche accordarsi da' vescovi. Questo è ciò che stabilì il pontefice Bonifacio VIII.

Le condizioni richieste per la validità della legittimazione per rescritto sono:

1.° Che i figli che si vogliono legittimare debbano essere semplicemente naturali, cioè

SEZIONE II.

Del riconoscimento de' figli naturali (1).

Pel riconoscimento forzato. v. l'art. 263.
Vedi l'art. 66.

257. Il riconoscimento (2) d'un figlio naturale si farà con un atto autentico, quando lo stesso figlio nell'atto di nascita non sia già stato riconosciuto (3).

---

nati da genitori che avrebbero potuto maritarsi all'epoca del loro concepimento. Così decide la novella 89, cap. 15: *Omnis qui ex complexibus aut nefariis, aut inceptis, aut damnatis processerit, ipse neque naturalis nominatur .... neque habebit quoddam ad praesentem legem participium.* Questa decisione è ragionevole e sembra che il nostro legislatore non abbia voluto allontanarsene. È vero che il Sovrano con la onnipotenza legislativa potrebbe in alcuni casi accordare la legittimazione per rescritto a figli incestuosi o adulterini, ma non poteva nella legge consacrare ciò in pregiudizio della morale e de'costumi. La legittimazione è una immagine del matrimonio, e come potrebbe aver luogo a favore di un illegittimo conceputo in adulterio, sempre ed ovunque odioso, o nell'incesto abborrito da' popoli civilizzati? Che anzi il Sovrano prima di accordare la legittimazione per rescritto ordina di verificarsi se a coloro in favore de' quali si richiede ostasse la qualità d'incestuoso o adulterino; e con real rescritto del dì 18 ottobre 1829 si negò a due conjugi la legittimazione per rescritto di un figlio procreato prima del loro matrimonio, ed in epoca in cui uno de'conjugi era ligato in altro matrimonio, *avendo S. M.* (son parole del rescritto) *considerato esser contrario alla morale ed alle leggi civili che si accordi ad un figlio* ADULTERINO *la legittimazione di mera grazia.*

2.° Che la domanda che si fa dal padre naturale o dalla madre non pregiudica al figlio che volesse impugnarla, nè a coloro che avessero interesse ad impugnare il riconoscimento. Queste riserve vengono espressamente enunciate nel decreto che è la forma con cui viene conceduta (leg. de'24 marzo 1817) la legittimazione.

Gli effetti della legittimazione per rescritto sono chiaramente indicati nel art. in esame. Non fa entrare il figlio naturale legittimato nella famiglia, nè gli accorda dritti di successione su' beni de' congiunti: e nella stessa successione del padre non vanta dritto che come figlio naturale, giusta l'art. 682.

Il decreto di legittimazione devesi iscrivere sotto la sua data ne' registri dello stato civile e notarsi in margine nell'atto di nascita del figlio: arg. degli art. 66 e 283.

(1) Non altrimenti che col riconoscimento volontario o forzato i figli naturali provano la loro filiazione.

Gli effetti del riconoscimento sono relativi alla persona ed a' beni—In quanto alla persona gli effetti sono: 1.° Che il figlio porta il cognome della madre, e se viene riconosciuto dal padre prende il suo cognome (Merlin rep. v. *nom*); 2.° Ch'è sotto la potestà del padre e della madre in quanto al matrimonio ed in quanto al dritto di detenzione, art. 172 e 310; 3.° Che i genitori sono tenuti agli alimenti, arg. degl'art. 678 e 679—In quanto a'beni: 1.° I genitori non ànno il dritto di usufrutto dall'art. 298 accordato a' genitori legittimi; 2.° I figli naturali succedono ai genitori e viceversa nel modo indicato dagl'art. 261, 674 e 680: 3.° I figli naturali non ànno il dritto di famiglia, art. 677.

Sulla storia de'figli naturali e sulla necessità di ammettere una distinzione tra i figli naturali e quelli nati da matrimonio, vedi il rapporto di Huguet ed i discorsi di Treilhard e di Grenier nell'esporre i motivi della legge de' 14 floriale anno XI, (4 maggio 1803) che abrogò in Francia l'immorale legge del 12 brumaro anno II (2 novembre 1793), la quale avea escluso ogni distinzione tra i figli naturali ed i figli legittimi. Locré 3, p. 142 a 154.

(2) Fatto anche da un minore: esso è la conseguenza di un' obbligazione naturale, cui non convien'estendere l'incapacità pronunziata dall'art. 1078. Toullier t. 2, n. 968. Decisione della Cassazione di Francia degli 8 giugno 1813 in Sirey detto anno p. 281.

(3) *Quid* del riconoscimento sotto firma privata? Si conviene che in quanto alla madre il riconoscimento sotto firma privata sia valido—In quanto al padre Toullier t. 2, n. 950 a 952 sostiene anche l'affermativa per argomento dell'art. 1276, e perchè l'art. in esame non è prescritto a pena di nullità—*Contra* Chabot *traité de successions*, sull'art. 756 (674) n. 5 e 43; ed in questo senso decise la Cassazione di Francia nel dì 6 maggio 1809. Sirey detto anno, p. 377. Vedi anche Delvincourt lib. 1, tit. 7, nota 13.

Il riconoscimento fatto con testamento olografo è valido, come decise la cassazione di Francia nel dì 3 settembre 1806. Merlin rep. art. *Filiation*, § 1.

258. Questo riconoscimento non potrà aver luogo a favore de' figli nati da incesto, da adulterio, o da congiungimento di persone legate da voto solenne, o dagli ordini sacri (1). Vedi gli art. 265, 678 e 679.

259. Il riconoscimento di un figlio naturale non avrà effetto che a riguardo di colui che lo avrà riconosciuto (2). Vedi gli art. 60, 252 e 677.

---

(1) Aggiunge l'art. 265 che il figlio non è giammai ammesso a fare indagini sulla paternità e sulla maternità, ne' casi in cui a' termini dell'art. 258 non si dà luogo al riconoscimento.

Ma come si potrà stabilire la filiazione incestuosa adulterina o sacrilega del figlio, quando per gli art. 258 e 263, essa non può essere legalmente riconosciuta, e quando l'indagine non ne è ammessa? Vi sono de' casi ne'quali indipendentemente dal riconoscimento e dalla indagine, lo stato di un figlio nato da condannate unioni si trova legalmente stabilito:

1.° Se il matrimonio sia stato dichiarato nullo perchè contratto da persone che non potevano unirsi in matrimonio per ligami di parentela o di affinità, a' termini degli art. 158, 159 e 160.

2.° Se il secondo matrimonio essendosi dichiarato nullo perchè contratto in epoca in cui uno de'conjugi era ligato in altro matrimonio, vi sia stata mala fede per parte di ambedue i conjugi: i figli nati da questo secondo matrimonio sono indubitatamente adulterini: art. 155, 191 e 216.

3.° Se il marito abbia rifiutato il figlio in conformità degli art. 234 e 235, e fatto giudicare di essere il frutto dell'adulterio della moglie.

4.° Se un uomo contrae un secondo matrimonio appena sciolto il primo, e da questo secondo matrimonio gli nasce un figlio prima di 180 giorni e nol rifiuta, questo figlio è per legge adulterino, poichè rimontando il suo concepimento in epoca in cui il padre era ligato in altro matrimonio, non à potuto essere legittimato per susseguente matrimonio: art. 234, 235 e 253.

5.° Se il matrimonio venga sciolto perchè contratto da chi era ligato da voto solenne o da ordine sacro, e l'altro conjuge era anche in mala fede: art, 162 e 191.

In tutti questi casi la qualità adulterina, incestuosa o sacrilega de'figli risulta dalla legge ed indipendentemente dal riconoscimento del padre. Ne' detti casi ànno dritto a reclamare gli alimenti, giusta gli articoli 678 e 679.

Ma se malgrado il divieto della legge un figlio adulterino venga riconosciuto, questo riconoscimento produrrà l'effetto di far considerare adulterino il figlio, ed autorizzare costui a reclamare gli alimenti in conformità degli articoli 678 e 679? O in altri termini, come conciliare gli art. 258 e 265 cogli art. 678 e 679, i quali decidono, che *la legge non accorda altro che gli alimenti a' figli incestuosi, adulterini o nati da sacrilega unione?* Merlin (rep. v. *filiation* § 1, n. 6) e Toullier (t. 2, num. 967) danno la seguente spiegazione. Da una parte nel dichiarare che un figlio nato da condannate unioni non può esser riconosciuto con atto autentico, l'art. 258 non à che un solo oggetto; ed è quello d'impedire che, col riconoscimento autentico di un figlio nato da condannate unioni, gli si conferiscano i dritti di successione che l'art. 674 assicura a'figli naturali legalmente riconosciuti: esso non intende con ciò dispensare di alimentare un figlio incestuoso adulterino o sacrilego, la persona la quale, sia con atto autentico, sia con atto per iscrittura privata, se ne sia dichiarata il padre o la madre. Da un altro canto l'art. 265 vieta al figlio nato da condannate unioni d'indagare chi mai sia suo padre o sua madre; ma quando suo padre o sua madre lo riconoscono volontariamente, siffatta proibizione non à più oggetto; ed è a questo caso che si applicano gli art. 678 e 679. — Chabot sull'art. 762 (678) confuta fortemente questo sistema, e sostiene che gli art. 678 e 679 trovano applicazione ne'casi in cui la qualità di figli nati da condannate unioni deriva dalla legge; ma che il riconoscimento volontario non deve produrre alcuno effetto, come contrario al testo della legge, al rispetto dovuto a' buoni costumi, all'intenzione del legislatore: egli è stato seguito da Duranton t. 6, n. 331. — Per quanto fosse grave l'autorità di Chabot difficilmente la sua opinione può essere abbracciata, perciocchè se la legge à voluto che col riconoscimento volontario, i figli nati da condannate unioni non acquistassero dritti di successione, non può essere nel suo spirito che il dritto a semplici alimenti fosse loro negato nella successione di coloro che ànno confessato di averli generati nel delitto.

(2) Da questa disposizione segue che il padre può riconoscere il figlio naturale senza l'approvazione della madre, e costei non può colla sola sua testimonianza impugnare tale riconoscimento e distruggere l'effetto che può produrre rispetto al padre (Locré 3, p. 58 a 62, n. 14). Disposizione singolare ammessa dal Consiglio di Stato di Francia non senza forte

260. Il riconoscimento fatto durante (1) il matrimonio, da uno de' conjugi a favore di un figlio naturale avuto prima del matrimonio da altri, fuorchè dal proprio consorte (2), non può nuocere nè a questo, nè a' figli (3) nati da tal matrimonio (4). Ciò non ostante produrrà il suo effetto (5) dopo lo scioglimento del matrimonio, quando da questo non resti prole.

261. Il figlio naturale riconosciuto non potrà reclamare i dritti di figlio legittimo (6). I dritti de' figli naturali saranno determinati nel titolo *delle successioni*.

Vedi gli art. 674 e 680.

262. Ogni riconoscimento fatto per parte del padre o della madre, ed ogni richiamo per parte del figlio potrà essere impugnato da tutti coloro che vi avranno interesse (7).

263. Le indagini sulla paternita sono vietate (8).

---

opposizione e contro l'opinione del primo console e di Portalis, e che può dar luogo allo spettacolo scandaloso di un figlio reclamato da più padri. Che decideranno allora i tribunali, obiettò Bérenger nel Consiglio di Stato? I giureconsulti ànno anch'essi compresa la forza di questa obiezione. Toullier t. 2, n. 956.

Da che il riconoscimento non à effetto, che a riguardo di colui che à riconosciuto, segue che il figlio naturale non à dritto di chiedere gli alimenti contro gli ascendenti del padre e della madre, nè acquista alcun dritto su beni de' parenti del padre e della madre. Chabot *traité des successions*, sull'art. 756 (674) n. 45. Toul. t. 2, n. 979.

(1) Deve decidersi diversamente se il riconoscimento siesi fatto dopo sciolto il matrimonio. Chabot ibid., n. 6. Toullier t. 2, n. 959.

(2) *Da altri, fuorchè dal proprio consorte.* In conseguenza la disposizione dell' art. non debb'essere applicata al caso in cui due conjugi avessero durante il matrimonio riconosciuto un figlio naturale nato *dall' uno e dall' altro* prima di congiungersi in matrimonio. Questo riconoscimento non opererebbe la legittimazione di questo figlio, ma gli conferirebbe i dritti che la legge attribuisce a' figli naturali. Chabot ibid., n. 7, e Toullier t. 2, n. 960.

(3) *Nè a' figli*, i quali per altro non potrebbero negare a' figli naturali nati prima del matrimonio e riconosciuti durante questo matrimonio, almeno gli alimenti. Chabot ibid., n. 42, e Toullier t. 2, n. 957, nota 2.

(4) *Nati da tal matrimonio.* La disposizione quindi dell'art. non può opporsi da' figli nati da altro matrimonio. Chabot ibid., n. 7, art. 5.

(5) Ossia il figlio acquisterà i dritti di successione nel modo indicato dall'art. 674. Ben vero questo riconoscimento è presso di noi necessario per la sola successione del padre, mentre il figlio naturale succede alla madre senza riconoscimento, come i figli legittimi: articolo 674.

(6) Ma può il figlio naturale reclamare dal padre o dalla madre gli alimenti come li reclama il figlio legittimo a' termini dell'art. 193. Chabot ibid., n. 36.

(7) La ragione dell'art. si è che non si possono impunemente violare i diritti altrui colla supposizione di una falsa paternità o maternità. Quindi il figlio può impugnare l'atto con cui un padre ed una madre lo riconoscono per proprio figlio. Similmente la madre che à riconosciuto il proprio figlio può egualmente impugnare il riconoscimento che ne avesse fatto un uomo. Gli eredi del padre e della madre possono impugnare il riconoscimento all'apertura della successione, sia per irregolarità dell'atto, sia perchè la menzogna e la frode ne àn dettato il contesto; ma non potrebbero essere ammessi a provare che un figlio riconosciuto da un padre libero, sia adulterino da parte della madre che non si è appalesata, poichè questa sarebbe una pruova di un fatto che sarebbe estraneo all'atto contestato. Duveyrier in Locré 3, p. 139, n. 49. Toullier t. 2, n. 965 e 966.

(8) La ricerca della paternità ammessa sotto l'impero dell'antico regime esponeva i tribunali a dibattimenti i più scandalosi, a giudizî i più arbitrarî, alla giurisprudenza più variabile. L'uomo la cui condotta era la più pura veniva sovente sommesso all'attacco di una donna impudente, o di figli che gli erano estranei: forse in qualche caso una vergine infelice poteva o può tuttavia rimaner vittima dell'altrui seduzione, ma autorizzare perciò la ricerca della paternità, si è visto con grave scandalo che mille meretrici profanavano la santità de' giudizi con reclamare pe' loro figli spuri la paternità degli uomini i più virtuosi. In una parola le ricerche della paternità erano riguardate come il flagello della società. Il codice adunque à ragionevolmente vietate le indagini sulla paternità, e nelle prime discussioni fu deciso di non ammettere alcuna eccezione a questa regola tanto reclamata. Ma l'unica eccezione dal secondo comma dell'art. stabilita; fu ammessa dopo le osservazio-

Nel caso di ratto (1), allorchè l'epoca di esso coinciderà con quella del concepimento (2), il rapitore, sulla domanda delle parti interessate, potrà (3) essere dichiarato (4) il padre.

264. Le indagini sulla maternità sono ammesse.

Il figlio che reclamerà la madre, dovrà provare che egli è identicamente quel medesimo che essa ha partorito. Non sarà ammesso a somministrarne la pruova per testimonj, se non quando vi sia già un principio di pruova per iscritto, o quando le presunzioni o gl' indizj risultanti da fatti sino a quel tempo costanti si trovino abbastanza gravi per determinare l'ammessione (5). Vedi l'art. 245.

---

ni del tribunato di Francia, perchè giusta quanto lo è la regola. Processi verbali e discorsi degli oratori in Locré 3, p. 55 a 57, n. 2 a 6, p. 82, n. 8, p. 94, n, 33, p. 115, n. 38, p. 137, n. 39.

Conseguentemente al principio stabilito che le indagini della paternità sono vietate, debbesi riguardare l'art. come vietante l'indagine sulla paternità, non solamente a coloro che volessero farsi giudicar figli naturali di padri che non li riconoscono, ma anche a coloro che volessero farli giudicare figli naturali di padri che essi non vogliono riconoscere; così che un erede legittimo non sarebbe ammesso ad impugnare un legato universale, chiedendo di provare in linea di eccezione che il legatario è figlio del testatore, quantunque in questo caso ne risulti frode alla legge. È vero che talvolta un figlio adulterino, solo perchè non consta di questa qualità, raccoglie la successione del padre in pregiudizio de' parenti legittimi ed in frode della legge; ma sarebbe un maggior inconveniente autorizzare la prova della paternità, di sua natura incerta e scandalosa, e che la natura à coverto di un velo impenetrabile. Merlin nelle conclusioni pronunziate nel dì 14 maggio 1810 all'udienza della Corte di cassazione à dottamente sviluppato questa dottrina, e la Corte di cassazione con arresto di detto dì seguì le sue conclusioni: Questions de droit v. *paternité*, §. 1. Toullier à seguito la stessa dottrina, contraddetta da Delvincourt lib. 1, tit. 7, nota 6.

(1) O di stupro, ch'è una specie di ratto momentaneo: una è la ragione di decidere, e nel Consiglio di Stato di Francia lo stupro fu equiparato al ratto. Locré 3, p. 55, n. 2—Conviene far prima pronunziare sul ratto da'giudici penali giusta l'art. 336 leg. p., per intentare contro il rapitore l'azione per la dichiarazione di paternità in nome del figlio. Toullier t. 2, n. 941. Delvincourt lib. 1, tit. 7, nota 7.

(2) Secondo le regole stabilite negli art. 234 e 237.

(3) Si noti la parola *potrà*. Il delitto del rapitore è una forte presunzione ch'egli sia l'autore della gravidanza della donna, allorchè l'epoca del ratto coinciderà con quella del concepimento. L'art. però è stato redatto nel senso di rendere facoltativa e non forzata la dichiarazione di paternità, e perciò trovasi sostituita la parola *potrà* a quella *sarà*, adoperata nella penultima redazione dell'art. In conseguenza nè la pruova del ratto, nè la coincidenza della sua epoca con quella del concepimento bastano per comprovare la paternità ancora incerta: esse basteranno soltanto per autorizzare il giudice a cercare la sua convinzione in tutt'i rapporti, in tutte le circostanze, in tutt'i fatti che ànno preceduto e seguito il delitto. Locré 3, p. 82, n. 8, 9 e 10. Duveyrier p. 138, n. 42.

(4) E questa dichiarazione produrrà l'effetto, che il figlio si avrà per legalmente riconosciuto dal padre con i dritti successori determinati dall'art. 674.

(5) La maternità non essendo come la paternità un fatto oscuro, ma un fatto esteriore e fisico, la ricerca doveane essere ammessa. La maternità risulta da due fatti che si debbono provare: il parto della madre, e la identità del reclamante col figlio nato in una data epoca.

L'art. 341 del codice francese non permetteva di provare con testimoni l'identità, se non quando esisteva un principio di prova per iscritto. Il che suscitò la grave quistione tra i giureconsulti, se potesse aprirsi la pruova testimoniale quando esistono presunzioni o indizi risultanti da fatti costanti o gravi per determinarne l'ammessione; ossia se la prima parte dell'art. 245 fosse applicabile alla filiazione naturale. Il nostro legislatore à troncato ogni difficoltà avendo nel secondo comma dell'art. in esame aggiunte le parole (ossia ripetute quelle dell'art. 245) *o quando le presunzioni o gl' indizi risultanti da fatti sino a quel tempo costanti si trovino abbastanza gravi per determinare l' ammessione.* Vedi sulla forza di queste parole la nota 1, pag. 72—L'atto di nascita non può considerarsi come principio di pruova della identità del figlio. Merlin quest. v. *maternité*, §. 1.

L'art. serba silenzio sulla prova del parto, e come in materia di stato la prova testimoniale è ammessa solamente quando la legge la permette con una espressa disposizione, così la pruova del parto, ne conchiude Toullier, non può farsi col mezzo di testimoni. Da ciò una differenza tra i figli legittimi ed i figli naturali. I primi possono provare la loro filiazione,

265. Il figlio non è giammai ammesso a fare indagini sulla paternità e sulla maternità ne' casi in cui, a' termini dell' articolo 258, non si fa luogo al riconoscimento (1).

TITOLO VIII.

DELL' ADOZIONE (2).

—

CAPITOLO I.

Dell' adozione e de' suoi effetti.

266. L' adozione è soltanto permessa alle persone dell' uno e dell' altro

---

cioè il *parto* della madre e l'*identità* col mezzo di testimoni: i figli naturali poi non possono provare il parto che con iscrittura. La ragione si è, continua lo stesso scrittore, ch'è cosa pericolosa ammettere indagini della maternità contro una donzella, il cui parto non è certo. Fra le donne conosciute per madri, il figlio può cercare la sua, e non fra le vergini la cui purità è sotto un velo che la legge non dee permettere di sollevare. Questo inconveniente non esiste per rispetto alle donne maritate, le quali divenendo madri adempiono al dovere della legge ed al fine della natura, nè si arreca loro ingiuria chiedendo di provare che durante il matrimonio siensi sgravate: t. 2, n. 942 a 946—*Contr*. Delvincourt, il quale pensa, tit. 7, nota 10, che si possa provare il parto con testimoni, per la debolissima ragione che i fatti si provano per mezzo di testimoni. Ma questa opinione incontra ostacolo negli art. 48 e 241, giusta i quali il fatto della nascita si prova cogli atti dello stato civile; ed in mancanza del titolo, si prova nel modo indicato dall' art. 245.

Non è da omettersi che nel Consiglio di Stato di Francia fu deciso, che il figlio naturale procreato prima del matrimonio della madre, può indagarla, ancorchè costei si fosse maritata con un altro uomo diverso da suo padre. Locré 3, p. 58, 62 a 65, n. 10, 12, 17, 20 e 21.

(1) La regola che permette la ricerca della maternità, e la disposizione che permette la ricerca della paternità nel caso dell' art. 263, ànno con l'art. in esame una eccezione comandata da un dovere più santo e più utile che la regola istessa, il mantenimento dell' onestà pubblica e de' buoni costumi, sì necessarî alla conservazione delle buone leggi. Discorso di Duveyrier in Locré 3, p, 138, n. 43.

(2) Dettate le disposizioni relative alla paternità legittima e naturale, il legislatore passa ad occuparsi della paternità *legale* e fittizia che deriva dall'adozione—E questa una instituzione antichissima riconosciuta dagli Ebrei, da' Greci e da' Romani. Quando si venne alla compilazione del codice civile in Francia, si discusse molto se l'adozione dovea ammettersi, e nell'affermativa se si sarebbe ammessa come una instituzione politica, ciò a dire, come potendo essere accordata per eccezione alla legge comune ed a titolo di ricompensa a' cittadini che avrebbero renduto de' grandi servigi, e che non avendo posterità desidererebbero di crearne una alla quale trasmettere il loro nome ed i loro esempi; o pure se l'adozione dovea considerarsi come una instituzione di dritto civile permessa a tutti coloro che adempirebbero le condizioni sotto la quale sarebbe permessa. Dopo molte discussioni, specialmente per motivi politici che allora si presentavano in questa materia, fu stabilito di ammettersi l'adozione, la quale abbia di comune coll' antica adozione de' romani il puro nome: le cause, gli effetti e le forme dell' adozione dovean tutte essere diverse e conformi ai nuovi costumi. L'adozione in vero era presso i romani un completo cangiamento di famiglia: l'adottato o l'arrogato usciva dalla sua famiglia ed acquistava in quella dell' adottante i dritti di agnazione, e succedeva non solamente all' adottante, ma ancora a' costui parenti, meno a quelli per parte di femmina, così che si ammise nelle successioni la differenza fra *agnati* e *cognati*. L' adozione così considerata era diretta da vedute più politiche che civili, nè conveniva a' nostri costumi.

Nella moderna condizione sociale non poteva ritenersi che un contratto di adozione potesse introdurre in una famiglia colui che la natura non vi avea collocato. Mossi da queste vedute i compilatori del codice civile nell'organizzare il titolo dell'adozione tennero presen-

sesso (1) in età maggiore degli anni cinquanta (2), le quali al tempo dell'adozione non abbiano figli o discendenti legittimi (3), ed abbiano al-

te il codice prussiano promulgato nel 1794, il quale considera l'adozione come un contratto personale tra l'adottante e l'adottato, ed i cui effetti sono tra loro circoscritti nella semplice trasmissione del nome e de' beni dell'adottante nella persona dell'adottato, e che lascia l'adottato nella sua famiglia naturale. Con questa guida e col desiderio di migliorare alcune particolari disposizioni fu redatto questo titolo, secondo il quale l'adozione è un atto civile che stabilisce fra due individui correlazioni di paternità e di filiazione le quali prima naturalmente non erano. Locré che nel pubblicare lo *spirito del codice civile* omise di render noti i processi verbali più importanti del Consiglio di Stato in questa materia, per gravi motivi politici espressi nell'ultima sua opera, in questa à pubblicato tutti i processi verbali rimasti fin allora inediti, e che sono utilissimi più per la storia e la scienza, che pel dritto controverso—Ammisero quindi tre specie di adozione: *ordinaria*, *rimuneratoria* e *testamentaria*, la quale ultima era un'appendice della così detta *tutela officiosa*.

Le nostre leggi civili sconoscono la tutela *officiosa*, ed àn ritenuto il titolo *dell'adozione* del codice francese con delle importanti modificazioni sì in quanto alle condizioni che in quanto agli effetti dell'adozione, le quali saranno notate appiedi degli articoli correlativi.

(1) Tutto ciò che interessa il benessere individuale dev'essere egualmente pe' due sessi. Si è dunque con ragione seguito l'ultimo stadio della legislazione romana che mitigando in favore delle donne maritate il rigore della regola per effetto della quale le donne non potevano essere ammesse ad adottare, perchè i figli non potevano cadere sotto la potestà della donna, accordò loro il dritto di adottare, come una consolazione alla perdita de' propri figli; §. 10 *Inst.* e l. 5, Cod. *de adopt.*

(2) Per non distrarre gli uomini dal matrimonio, e perchè l'uomo arrivato a 50 anni perde ordinariamente la speranza di aver figli, il legislatore prescrive per poter adottare, l'età maggiore di 50 anni. Il dritto romano richedeva l'età di 60 anni; l. 17, §. 2, ff. *de adopt.*, sebbene nelle scuole si contrasta se l'adozione era permessa alle persone minori di 60 anni. Einneccio *recit.* §. 179.

(3) La condizione di non poter adottare che quando non si abbiano figli o discendenti legittimi si sostiene da se medesima. Per dritto romano difficilmente si accordava la facoltà di adottare a coloro che avean figli. Einneccio ibid.

La sopravvegnenza di un figlio legittimo non renderebbe nulla l'adozione fatta prima della sua nascita, purchè il figlio non fosse conceputo prima dell'adozione, poichè *filius conceptus pro nato habetur, quoties de ejus comodis agitur*: Toullier t. 2, n. 986: Delvincourt lib. 1, tit. XI, nota 5—Dicasi del pari che la legittimazione per susseguente matrimonio di un figlio naturale nato prima dell'adozione non produce l'effetto di annullare l'adozione. Delvincourt ibid.

Un primo figlio adottivo non impedirebbe che se ne adottino altri; arg. dell'art. 160, n. 4.

Si può adottare un figlio naturale? Nelle leggi romane fatte sotto il governo repubblicano, non se ne trova una sola in cui vi abbia quistione dell'adozione de' figli naturali. L'imperadore Attanasio fu il primo che nel 508 con la legge che forma la leg. 6, *Cod. de naturalibus liberis* rallentò l'antico rigore. Questa legge non ebbe lunga durata, e Giustino nel 519 ordinò con la legge 7 dello stesso titolo del codice, che per l'avvenire la legge di Attanasio si avesse come non fatta, e che ogni adozione de' figli naturali si considerasse come contraria a' buoni costumi e rimanesse senza effetto. Giustiniano confermò con la novella 74, cap. 3, la legge di suo padre Giustino. Nella novella 89, cap. XI, § 2, Giustiniano ritorna su lo stesso oggetto, e Gotofredo nelle sue note a questa legge, dice che si potrebbe sostenere, *tentari posset*, che Giustiniano vi abbia derogato col cap. 2 della sua novella 117.

Sotto l'impero delle nuove leggi questa quistione è molto controvertita. Delle considerazioni morali, ed argomenti tratti da più articoli del codice determinarono Merlin, 3 ediz. del repert. v. *adoption* §. 4, Chabot *de successions* sull'art. 756 (674 n. 56), Maleville, Toullier t. 2, n. 988, e Delvincourt lib. 1, tit. IX nota 1, a sostenere la negativa. Merlin dopo la pubblicazione della discussione del Consiglio di Stato de' 16 frimiale anno X espresse una contraria opinione; ma nel repert. t. 16 è rivenuto sulla prima opinione, sebbene convieno che non vi è cosa alcuna che mostri di avere il corpo legislativo proscritta l'adozione de' figli naturali.

Non si deve però dissimulare che da tutti i processi verbali pubblicati da Locré dopo il 1830 si rileva, che fu vivamente e di proposito trattata la presente quistione nel consiglio di Francia. Si propose un art. concepito ne' seguenti termini: *Colui che ha riconosciuto nelle forme stabilite dalla legge, un figlio nato fuori matrimonio, non può adottarlo, nè può conferirgli altri dritti che quelli che risultano da questo riconoscimento; ma fuori di questo caso, non sarà ammessa alcun'azione tendente a provare che il figlio adottato è figlio*

meno quindici anni di più (1) di coloro che si propongono di adottare.

267. Nessuno può essere adottato da più persone, fuori che da due conjugi. Niun conjuge può adottare senza il consenso del suo consorte.

268. Allorchè si voglia far uso della facoltà di adottare verso una persona a cui nella sua minore età, almeno pel corso di sei anni, si sieno somministrati sussidj, e per cui si si sieno avute non interrotte cure, non sarà necessario che l'adottante abbia oltrepassato gli anni cinquanta di sua età; rimanendo fermo l'adempimento delle altre condizioni richieste ne' due articoli precedenti (2).

269. Volendosi adottare colui che abbia salvato la vita all' adottante, o in un combattimento, o col liberarlo dall' incendio o dalle acque (3), basterà ciò che è richiesto nell' articolo precedente, tranne la circostanza che l'adottante debba avere quindici anni di più della persona che si propone di adottare (4).

---

naturale dell' adottante—In questo sistema adunque l'adozione de' soli figli naturali riconosciuti si voleva interdire, ed impegnata in questo senso una viva discussione venne l'art. soppresso. Si osservò all'uopo che l' ingiustizia dell'uomo il quale per le sue sregolatezze à fatto nascere un figlio nella vergogna, può essere riparata senza che i costumi ne fossero offesi: si offenderebbero i costumi se si desse a' bastardi la capacità di succedere; ma che i costumi non sono oltraggiati, se questa capacità è loro renduta con l'adozione: il mezzo ingegnoso di farli succedere come figli adottivi e non come figli naturali concilia la giustizia con l'interesse de' costumi. Che eransi nel titolo della *paternità* e della filiazione con molto rigore regolati gli effetti del riconoscimento de' figli naturali, nella supposizione che l' adozione potrebbe riparare il pregiudizio che la severità della legge cagiona a' figli naturali. Che al più non si guadagnerebbe niente escludendo i figli naturali dall'adozione, perchè potendo il padre non riconoscerli, non dipenderebbe che da lui d' instituirli legatari universali. Conchiude quindi Locré che l' adozione de' figli naturali risulta 1.° dal silenzio del codice, il quale non esprimendo alcuna distinzione, i figli naturali si trovano compresi nell' espressione generica di *persona* indicata nell'art. 268: 2.° che la regola che non permette di distinguere dove la legge non à distinto, e quella che permette tutto ciò che la legge non ha interdetto, sono state particolarmente applicate nella materia di questo titolo, alla facoltà di adottare successivamente più figli, ed all'adozione de' figli naturali: t. 3, p. 159 a 162.

Molte decisioni ànno ritenuto il principio di esser permessa l'adozione de' figli naturali. Dalloz v. *adoption*, sez. 1.

Che che ne sia della opinione manifestata nel consiglio di Francia, l'adozione de' figli naturali oltrechè urta a' buoni principi, fomentando le illecite unioni e rendendo più rari i matrimoni che interessa allo Stato di vedere aumentati; sembra altresì contraria alle disposizioni della legge. Tra gli argomenti è decisivo quello che nasce dal ravvicinamento degli articoli 261, 674 e 824, secondo i quali si è giustamente ammessa una distinzione tra i figli naturali ed i figli legittimi (vedi la nota 1, pag. 80). Or se l'adozione conferisce all' adottato i medesimi dritti di successione che vanta il figlio legittimo, come potrebbe ritenersi lecita l'adozione del figlio naturale, quando questi non può direttamente o indirettamente ricevere per atto tra vivi o di ultima volontà più di quello che la legge à fissato? E se a ciò si aggiunga che il nostro legislatore prendendo in considerazione la condizione del figlio naturale à ristabilito la legittimazione di grazia, art. 256, segue che il figlio naturale non può avere una filiazione diversa da quella che con la nascita à ricevuto.

(1) L'adozione essendo un' imagine della natura, era ragionevole il fissare che l'adottante avesse un' età tale da potersi risguardare come padre dell'adottato.

(2) L'art. 345 del codice francese esigeva come condizione dell'adozione, che l'adottante avesse somministrato i sussidi a colui che vuol adottare, e che abbia avuto per lui non interrotte cure durante la sua minor età e per sei anni almeno. L'art. delle nostre leggi civili esige questa condizione nel solo caso in cui l' adottante non abbia oltrepassato gli anni 50, art. 268. Quindi presso di noi può adottarsi anche colui col quale non si abbia avuto per l'innanzi alcuna relazione.

(3) Si sono specificati e limitati i servigi renduti e che autorizzano l'adozione *rimuneratoria*, appunto per impedire che l'adozione diventi un mezzo di patteggiare. Locré 3, p. 250, n. 17 e 18.

(4) L' adozione in questo articolo indicata si chiama *rimuneratoria*, riconosciuta anche dall'art. 345 del codice francese. Quell'art. richiedeva, che l'adottante fosse maggiore

270. L'adozione potrà aver luogo anche prima dell'età maggiore dell'adottato (1). Se questi però, avendo ancora il padre e la madre, o uno di essi, non ha compiuto gli anni venticinque, dovrà ottenere il consenso o di entrambi o del solo superstite; e se è maggiore degli anni venticinque, dovrà richiedere il loro consiglio (2). In difetto de' genitori si richiederà l'approvazione del consiglio di famiglia, ove colui che vuolsi adottare, non abbia compiuto gli anni ventuno. Vedi l'art. 277.

271. L'adozione conferisce il cognome dell'adottante all'adottato che lo aggiunge al proprio (3).

272. L'adottato rimarrà nella sua famiglia naturale, e vi conserverà tutti i suoi diritti (4). Vedi gli art. 159, 160 n. 4 e 289.

273. L'obbligazione naturale che continuerà a sussistere tra l'adottato ed i suoi genitori, di somministrarsi gli alimenti ne' casi determinati dalla legge, sarà considerata comune all'adottante ed all'adottato, l'uno verso l'altro. Vedi gli art. 193 e 195.

274. L'adottato non acquisterà verun dritto di successione su i beni de' parenti dell'adottante: ma sulla successione dell'adottante avrà gli stessi diritti che vi avrebbe il figlio nato da matrimonio, anche quando vi fossero altri figli legittimi e naturali nati dopo l'adozione (5). I dritti de' figli sulla successione de' genitori sono determinati dall' art. 667.

---

di età dell'adottato. Perchè questa condizione non è scritta nel nostro art., se ne potrebbe conchiudere, che nell'adozione rimuneratoria l'adottato può avere una età maggiore dell'adottante.

(1) L'art. 346 del codice francese richiedeva la maggior età dell'adottato: al difetto del consenso del minore, la legge nostra supplisce col consenso de' genitori.

(2) L'art. non esige che si domandi il consiglio tre volte, come nel matrimonio. Basta un atto secondo le forme degli atti rispettosi di cui è parola negli art. 166 e 168. Toullier t. 2, n. 987. Delvincourt lib. 1, tit. IX, nota 13.

(3) Se l'adottante è una donna, l'adottato prende nondimeno il suo cognome, secondo il codice prussiano; nè la disposizione del codice civile eccettua questo caso, come osserva Toullier t. 2, n. 1008. Delvincourt tit. IX, nota 14 è dello stesso sentimento.

(4) Vedi la nota 2, pag. 92.

(5) Poichè l'adottato acquista sulla successione dell'adottante i dritti di successione, segue:

1.° Che i figli adottivi ànno dritto alla riserva dall'art. 829 stabilita a favore de' figli. Toullier t. 2, n. 1011, e t. 5, n. 103: Grenier *dell'adopt*, n. 39: Del. lib. 1, tit.IX, nota 15.

2.° Che l'adozione non produce l'effetto di rivocare le donazioni tra vivi fatte dal donante prima dell'adozione, poichè a' termini dell'art. 885 le donazioni tra vivi sono rivocate per la sopravvegnenza di un figlio legittimo e naturale, o per la legittimazione di un figlio naturale conceputo all'epoca della donazione. Convengono in questa proposizione Toullier t. 2, n. 1011; Delvincourt tit. IX, nota 15: Grenier *de l'adoption*, n. 39: Duranton t. 3, n. 315—In quanto poi alle donazioni intermedie fra il contratto fatto innanzi al giudice di circondario e la inscrizione dell'adozione ne' registri dello stato civile, Toullier ibid. nella nota, pensa che la riserva si estenderebbe su questi beni, stantechè l'adottato avea acquistato dritto col contratto. Grenier n. 26 e 40 è di contrario sentimento, perciocchè l'adozione non diviene perfetta che dopo sanzionata da' Trib., ed inscritta ne' libri dello stato civile.

3.° Che le donazioni anteriori all'adozione non sono suscettibili di *riduzione*, per fornire la riserva legale del figlio adottivo. Questa dottrina viene insegnata da Grenier *de l'adoption* num. 39; Toullier t. 2, n. 1011; Delvincourt. lib. 1, tit. IX, nota 15. Ma la Corte di cassazione di Parigi con arresto del dì 29 giugno 1825 adottò l'opinione favorevole alla riduzione, per la considerazione che avendo l'adottato sulla successione dell'adottante dritto ad una riserva come il figlio leggittimo, segue che se costui può ai termini dell'art. 837 far ridurre le donazioni che pregiudicano la sua riserva, a qualunque epoca sieno state fatte le donazioni, anche l'adottato cui questo dritto è comune può esercitarlo su tutte le donazioni fatte in pregiudizio della sua riserva, sia prima, sia dopo l'adozione. *Sirey table trigennelle*, art. *adoption*.

I figli dell'adottato il quale premuore all'adottante ànno il dritto di rappresentare il padre nella successione dell'adottante? La legge 27 ff. *de adopt.* decide l'affermativa, e perchè i principî dell'adozione de' romani sono interamente diversi da' nostri, non si può trarre veruna ragione da questa legge, e quindi la quistione si rende dubiosa. Delvincourt tit. IX, nota 16, e Grenier *de l'adoption* n. 37 sono per la negativa per due ragioni: 1.° Che il dritto dell'adottato nasce all'istante dell'apertura della successione, e per conse-

275. Se l'adottato muore senza discendenti legittimi, le cose date dall' adottante o provenute dalla di lui eredità, le quali esisteranno in ispecie (1) al tempo della morte dell'adottato, ritorneranno all'adottante o a'suoi discendenti, coll'obbligo di contribuire al pagamento de'debiti, e senza pregiudizio de'diritti del terzo.

Vedi gli art. 670 e 681.

Gli altri beni dell'adottato apparterranno a'suoi parenti, i quali, anche per le robe espresse in questo articolo, escluderanno sempre tutti gli eredi dell'adottante, quando non sieno di lui discendenti.

276. Se durante la vita dell'adottante, e dopo la morte dell'adottato, i figli o discendenti di costui morissero essi pure senza prole, l'adottante succederà nelle cose da lui date, siccome è stabilito nell'antecedente articolo: ma questo diritto sarà inerente alla persona dell'adottante, e non trasmessibile a'suoi eredi, ancorchè discendenti.

CAPITOLO II.

Delle forme dell'adozione.

277. La persona che vorrà adottare, e quella che vorrà essere adottata, si presenteranno al giudice di circondario del domicilio dell'adottante, per farvi l'atto del loro rispettivo consenso.

Essendo minore l'individuo che vuolsi adottare, dovrà presentarsi al giudice di circondario insieme colla persona che dee consentire all'adozione, giusta l'articolo 270.

278. Dalla parte la più diligente si consegnerà, entro i dieci giorni seguenti, una copia di questo atto al procurator regio presso il tribunale civile del domicilio dell'adottante, per sottometterlo alla omologazione del tribunale medesimo.

---

guente non ha l'adottato potuto trasmettere un dritto che non avea acquistato: 2.° Che l'adozione non essendo oggi che una instituzione irrevocabile di erede, cioè una donazione dell'eredità, è un principio che tutte le disposizioni di questo genere sono caduche per l'anticipata morte del donatario. Contro questa opinione si sono pronunziati Proudhon, *cours de droit* t. 2, p. 139; Toullier t. 2, n. 1015; Duranton t. 3, n. 314, e la Corte di Cass. di Parigi con arresto de'2 dicembre 1822, in Dalloz *adopt.*, sez. 2.—Crediamo che debb'essere seguita quest'ultima opinione per più ragioni: 1.° L'adozione non è una instituzione di erede, ma una imagine della paternità naturale, e su questo principio gli autori del codice civile àn redatto il titolo dell'adozione: ne fan prova gli art. 266, 267, 270, 271, 273, 275: 2.° Che dal giorno dell'adozione i rapporti di paternità e di filiazione sono irrevocabili, ed è perciò che gli art. 159 e 160 n. 4, vietano il matrimonio tra l'adottante e l'adottato, e tra costui ed i figli legittimi dell'adottante; come pure l'art. 348 delle leggi penali dichiara parricidio l'omicidio in persona dell'adottante, e l'art. 353 delle medesime leggi aggrava la pena dell'omicidio contro dell'adottato, nello stesso modo di quello commesso tra parenti legittimi, appunto perchè i ligami di parentela legale vengono fissati coll'atto di adozione; 3.° Che in conseguenza l'art. 274 à inteso stabilire la misura del dritto che l'adottato acquista sulla successione dell'adottante, non già che per verificarsi il dritto dell'adottato, debbesi prima aprire la successione dell'adottante.

(1) Dalle parole *che esistono* in ispecie, si è conchiuso da Toullier t. 2, n. 1013 e da Grenier p. 520, che il dritto di riversione non si esercita dall'adottante sul prezzo non ancora pagato de'beni alienati, o sulle azioni per ricuperarli, come ne'casi previsti dagli art. 670 e 681. Di contraria opinione sono Maleville su questo art., e Delvincourt tit. IX, nota 21, per argomento de'citati art. Questa opinione sembra preferibile, perchè la riversione essendo un dritto di successione, l'adottante che esercita un dritto successorio sulla cosa donata, per identità di ragione può esercitare questo dritto sul prezzo che sta in luogo della cosa: *ubi eadem ratio, idem jus.*

Le osservazioni sugli art. 670 e 681 sono applicabili agli art. 275 e 276.

279. Il tribunale radunato nella camera del consiglio, dopo aver prese le opportune informazioni, verificherà 1.° se siensi adempite tutte le condizioni della legge; 2.° se colui che vuole adottare, goda buona fama.

280. Il tribunale, sentito il procuratore regio, ed omessa ogni altra formalità di processo, pronunzierà, senza esprimerne i motivi (1), in questi termini: *vi è luogo*, o *non vi è luogo all'adozione.*

281. Nel mese successivo alla sentenza del tribunale civile, sarà la detta sentenza sottoposta alla gran Corte civile, la quale procederà nelle forme praticate dal tribunale civile, e pronunzierà senza allegarne i motivi: *la sentenza è confermata*, o *la sentenza è riformata; ed in conseguenza vi è luogo*, o *non vi è luogo all' adozione* (2).

282. Qualunque decisione della gran Corte civile, che ammetterà l' adozione, sarà profferita nell'udienza, e verrà affissa in que' luoghi ed in quel numero di copie, che la gran Corte civile stimerà conveniente.

283. Ne' tre mesi successivi alla sentenza, a richiesta dell' una o dell'altra delle parti, l'adozione sarà inscritta ne'registri dello stato civile del luogo ove l' adottante avrà il suo domicilio.

Questa inscrizione non avrà luogo, che in vista della presentazione di una copia autentica della decisione della gran Corte civile; e l' adozione resterà senza effetto, se non sarà stata inscritta nel suddetto termine (3).

284. Se l' adottante morisse dopo che l' atto comprovante la sua volontà di formare il contratto di adozione sarà stato ricevuto dal giudice di circondario, e portato avanti a' tribunali, e questi non avessero pronunziato diffi-

---

(1) La procedura è segreta ed i giudicati debbono essere renduti senza enunciazione di motivi, facendosi eccezione all'art. 219 della legge organica giudiziaria, perchè i tribunali sono chiamati qualche volta a rigettare in questa materia delle domande avanzate da uomini senza costumi, e sarebbe senza utilità di render noti al pubblico questi motivi.

(2) Le decisioni che rigettano le domande di adozione non sono profferite all'udienza, per i motivi espressi nella nota precedente.

(3) L'adozione non si effettua che con la inscrizione su'registri dello stato civile e nel termine fissato dall'art., elasso il quale la legge presume che le parti abbiano rinunciato al dritto che aveano acquistato in virtù del mutuo consenso espresso innanzi al giudice di circondario, ed in virtù della decisione della G. C. civile. La sezione del Tribunato di Francia nel proporre la decadenza del dritto per mancanza di trascrizione dell' adozione nel termine indicato, ne dette per motivo che lo stato degli uomini non deve restare lungamente incerto; ma dichiarò altresì che rimasta senza effetto l'adozione non dovea essere interdetto alle parti di riprenderla in seguito. Locré 3, p. 258, n. 11.

Per l'opposto l'adozione inscritta in tempo utile ne'registri dello stato civile è irrevocabile: nel Consiglio di Stato di Francia (seduta del 4 nevoso anno X, 26 dicembre 1801) fu esaminato di proposito e deciso, che le parti non possono volontariamente annullarla quantunque fossero consensienti, per la ragione, tra le altre, che l'adozione è una finzione destinata ad imitare la natura, nè si può in conseguenza cessare di essere adottivo, come non si può cessare di essere figlio naturale. Locré 3, p. 226, n. 20—Toullier (t. 2, n. 1018) per altro inclina a sostenere che la rivoca per reciproco consenso sia permessa, e perchè la legge non contiene sulla rivoca alcuna disposizione contraria e perchè il codice prussiano ammette la rivoca dell'adozione nello stesso modo con cui si è fatta e colla sanzione de'Tribunali. Ma questa opinione non è ammessa con ragione da Merlin rep. v. *revocation d'adoption*, Grenier, Delvincourt, Duranton e Dalloz. Dopo che l'autorità à confermato un contratto solenne di adozione, i legami di paternità e di filiazione si sono formati, il figlio adottivo acquista dritto sulla successione paterna, ed ammettendo la rivoca potrebbe la successione indirettamente mettersi a prezzo o rinunziarsi, ciò ch' è vietato dall'art. 1084. Presso di noi è tanto maggiormente da preferirsi la decisione del Consiglio di Stato di Francia, in quanto che per l'art. 289 la patria potestà (a differenza del codice francese) si esercita su'figli adottivi. Or non si può rinunciare al dritto della patria potestà, ch'è una legge di ordine pubblico.

tivamente, sarà continuato il processo ; e sarà, se siavi luogo, ammessa l'adozione.

Gli eredi dell'adottante potranno, qualora credano inammessibile l'adozione, presentare al procuratore regio qualunque memoria ed osservazione a questo oggetto (1).

285. Volendosi adottare un individuo che non abbia padre e madre certa, e che sia allevato in qualche ospizio, basterà che vi concorra il consenso de' governatori dell' ospizio ove è stato accolto. Tale consenso sarà espresso in una deliberazione che sarà sommessa alla omologazione del tribunale, il quale procederà nel modo indicato negli articoli 277, 278 e seguenti.

286. Gli atti di procedura nel caso additato nell' articolo precedente si faranno *gratis*, senza esser soggetti nè a bollo, nè a registro, nè a diritti di cancelleria (2).

---

(1) Gli eredi dell'adottante possono altresì impugnare un'adozione irregolare, altrimenti si renderebbero illusorie le disposizioni della legge. I dotti però non convengono sul modo d'impugnare le decisioni di adozione. Grenier *de l'adoption* p. 517, pensa che se l'adottante è morto prima della decisione, i suoi eredi che ànno presentato memorie tendenti a far rigettare l'adozione debbono produrre ricorso in cassazione: negli altri casi debbono rivolgersi alla corte di appello e domandarne la rivoca come *res inter alios acta*. Toullier t.2, n.1019 è di avviso che in tutt'i casi in cui l'adozione è ammessa debbesi ricorrere in cassazione, nè potrebbe impugnarsi con le opposizioni la decisione della corte di appello, per non potersi considerare come contumaciale la decisione che conferma la sentenza profferita in materia di adozione. L'una e l'altra opinione vanno soggette alla grave difficoltà, che le opposizioni ed il ricorso non possono competere a coloro che non ànno fatto parte nel giudizio. Con maggior fondamento adunque Delvincourt seguito da Duranton ànno sostenuto che gli eredi debbono introdurre un'azione principale soggetta al doppio grado di giurisdizione. In questo senso decisero la corte di cassazione di Parigi a'22 novembre 1835, e la Corte reale di Nancy a' 13 luglio 1826. Sirey *table trigennelle* v. *adoption*.

(2) Il decreto de'7 aprile 1828 applica le disposizioni degli art. 285 e 286 anche a'projetti.

TITOLO IX.

DELLA PATRIA POTESTA' (1).

287. Il figlio dee onorare e rispettare i genitori, qualunque sia la sua età ed il posto che occupi nella società (2).

---

(1) Il titolo del matrimonio costituisce la famiglia: quello relativo alla paternità ed alla filiazione disegna gl'individui che la compongono; e quello della patria potestà stabilisce le leggi che debbono mantenervi l'ordine, la magistratura paterna, la più sacra di tutte le magistrature, indipendente da tutte le convenzioni e che le à tutte precedute.

All'epoca della compilazione del codice civile si discusse se della patria potestà bisognava fare oggetto di un titolo particolare, o pure se era sufficiente di spargerne le disposizioni che la concernono ne'diversi titoli sotto le materie alle quali si legano. Questo secondo piano non poteva essere ammesso, perciocchè la patria potestà à certamente le disposizioni che le sono proprie, ed una materia di sì alta importanza meritava di essere nel suo insieme regolata.

L'idea della patria potestà presa dalla natura che l'instituisce, deve devenire la base della legge civile. La patria potestà de'romani era esercitata in un modo così rigoroso che dava a' genitori il *jus vitae et necis* sulle persone de' figli, dritto per altro temperato in processo di tempo; e la proposizione di Giustiniano con la quale ne' prolegomeni del titolo delle instituta *de nuptiis* attribuisce al popolo romano sopra tutti gli altri popoli un dritto esorbitante nelle persone de' figli, è stata dimostrata falsa istoricamente e filosoficamente.

Nè meno imperfetta era l'antica legislazione francese e nostra in siffatta materia, e bisognava stabilire de'buoni principi. Per quanto i compilatori del codice civile avessero procurato di rovesciare la legislazione de' paesi governati dal dritto consuetudinario che appena conoscevano la patria potestà, un codice però redatto in epoca in cui gli animi risentivano gli effetti di una terribile rivoluzione, non poteva corrispondere alle vedute di una savia legislazione, che deve tenere il giusto mezzo tra l'anarchia domestica e'l dispotismo paterno.

In questo stato di cose la commissione di legislazione ed il nostro supremo consiglio di cancelleria osservarono che le leggi romane parevano dirette al dispotismo, le disposizioni del codice francese tendere all'iosubordinazione, le patrie presentare un centone di leggi di diverse nazioni, così che cercarono nella redazione degli articoli di questo titolo di fare delle modificazioni a quelli del codice francese sì nel rapporto delle persone riunite col vincolo del patrio potere, che nel rapporto de'beni.

Non è da omettersi che non si è inteso di riunire sotto questo titolo tutte le disposizioni che ànno relazione colla patria potestà. Alcune sono collocate ne'titoli a'quali si appartengono più specialmente. Tali sono, p. e; 1.° Quelle che riguardano il potere paterno sul matrimonio e sull'adozione de' figli, le cui disposizioni sono contenute ne' titoli del matrimonio e dell'adozione, art. 163, 164, 166 e 270: 2.° Quelle che riguardano la risponsabilità de' padri relativamente alle azioni de'figli, sono collocate sotto il titolo delle *obbligazioni che si contraggono senza convenzione*, art. 1338; 3.° Quelle relative alla indegnità del figlio di succedere all'eredità paterna sono sanzionate sotto il titolo delle *successioni*, art. 648; 4.° Quelle che riguardano la *diredazione* sono contenute nel titolo delle *donazioni e de'testamenti*, art. 849.

(2) Perchè questo articolo sembra presentare piuttosto un precetto di morale che una disposizione legislativa, sotto questo rapporto si era proposto nel consiglio di stato di Francia di sopprimerlo. Ma si osservò con ragione, che gli autori del progetto del codice aveano creduto utile di collocare alla testa del titolo i doveri che la qualità di figlio impone, nello stesso modo che nel titolo del matrimonio, art. 201, si è inscritta una disposizione che traccia i doveri de'conjugi. L' art. adunque contenendo principî di cui gli altri non fanno che sviluppare le conseguenze, deve devenire *un punto di appoggio in troppe occasioni*. Locré 3, p. 318, n. 3. Rapporto di Vesien e discorso di Albisson ibid., p. 335, n. 2, e p. 342, n. 5.

Ed il nostro legislatore volendo rendere più stabile il principio di morale, che il figlio deve rispettare i genitori (*honora patrem et matrem, ut sis longevus super terram:* exod. cap. 20, verso 12) ha nel nostro art. aggiunto le parole: *ed il posto che occupi nella società*. Queste parole rafforzano i doveri imposti al figlio di rispettare i genitori, sempre però ne' rapporti familiari, mentre se il figlio è rivestito di carica pubblica, il padre deve rispettare il figlio in questa qualità; *nam quoad ad jus pubblicum attinet, non sequitur (pater) jus patriae potestatis*; l. 36, ff. *ad senatusc. trebell.*

Cessa altresì la potestà paterna nel caso dell' art. 332 leg. pen.

288. È soggetto alla loro autorità per gli effetti determinati dalla legge, sino a che non giunga agli anni venticinque compiti, o non sia emancipato prima di questa età, o abbia contratto matrimonio, o viva con casa ed economia separata (1).

Se il padre è assente, vedi l' art. 145.

Pe' figli naturali, vedi l'art. 310.

289. Questa autorità è esercitata dal solo padre, durante il matrimonio. Essa si estende su i figli legittimi, su i legittimati per susseguente matrimonio, e su gli adottivi (2).

Vedi l'art. 203.

190. Il figlio non può abbandonare la casa paterna finchè sia soggetto all' autorità de' genitori, a' termini dell' articolo 288. La figlia non può abbandonarla, se non quando vada a marito (3).

Nel caso che giuste cause rendessero necessaria o evidentemente utile la separazione, il giudice del circondario, presi senza forma giudiziaria i rischiaramenti necessarj, potrà ordinare quel che convenga. La sentenza non esprimerà i motivi della determinazione (4).

Vedi l'art. 312.

291. Il padre, durante il matrimonio, è l' amministratore de' beni de' figli minori. Con tal qualità egli potrà alienare i beni mobili, per impiegarne utilmente il prezzo (5).

---

(1) Questo art. à portato all' art. 372 del codice francese le seguenti modificazioni:

1.° La patria potestà per l'art. 372 cessava colla maggior età del figlio, cioè cogli anni 21: il nostro art. protrae la durata della patria potestà agli anni 25;

2.° Le nostre leggi riconoscono la emancipazione *tacita*, che si verifica nel caso in cui il figlio faccia vita ed economia separata da' genitori.

Ma quanto tempo è necessario al figlio di famiglia, che à un domicilio separato da quello di suo padre, per esser riputato prosciolto dalla patria potestà? La l. 1. *cod. de patria potestate* decide che un figlio di famiglia è emancipato perciò solo che suo padre à sofferto per lungo tempo che lo stesso si considerasse nel pubblico come padre di famiglia: *cum diu passus sit ut patris familias res ei agi*. L' interpetrazione della voce *diu* à scisso gli antichi giureconsulti: gl' uni l'ànno intesa di uno spazio di dieci anni, gli altri di venti. Oggi non vi è ragione alcuna per esigere in questa materia un termine di dieci o venti anni, e sembra che non vi è un termine fatale, poichè appena il padre permette al figlio di viver libero, si presume averlo emancipato, il che può farsi in un istante.

(2) Questo art. spiega con la seconda parte su quali figli si esercita la patria potestà, e modificando in quanto agli *adottivi* il principio contenuto nell'art. 272, ritiene le prescrizioni del dritto romano anti-giustinianeo. La leg. 25 ff. *de adopt.* apportò cangiamento alla legislazione preesistente, poichè limitò la patria potestà al solo caso dell' adozione divenuta in persona di un discendente, ossia la sola *arrogazione* conferiva la patria potestà.

Si comprende facilmente perchè il corrispondente art. del codice francese non estendeva la patria potestà su' figli adottivi. Considerata l'adozione come un contratto puramente civile, nè potendosi per l'art. 346 di quel codice adottare un individuo minore di 25 anni, la maggior età avea sciolto costui da'ligami della patria potestà. Ma presso di noi che si è protratta la durata della patria potestà fino agli anni 25, e per l'art. 270 è permessa l'adozione di un individuo minore di questa età, il legislatore dovea estendere il patrio potere su' figli adottivi, non essendo possibile che nello stesso tempo esercitino il patrio potere il genitore e l'adottante. In conseguenza coordinando la disposizione di questo art. con quella dell'art. 272 segue: 1.° Che l'adozione non iscioglie i vincoli civili ch' esistevano tra l'adottato e la sua famiglia, e per l'effetto raccoglie le successioni de' suoi parenti e vanta tutt'i dritti di famiglia; 2.° Che la potestà civile si esercita dall' adottante, così che deve egli dare il consenso sì pel matrimonio dell'adottivo, che pe' contratti di cui è parola nell' art. 395.

(3) Le leggi dell' onestà richiedono che la figlia, qualunque fosse la sua età, non possa abbandonare la casa paterna fino a che non passi a marito. L'art. 374 del cod. francese non conteneva su di ciò alcuna disposizione.

(4) Questo secondo comma dell' art. è stato aggiunto nelle nostre leggi, e se ne comprende facilmente la utilità della disposizione.

(5) Per le alienazioni delle partite sul Gran Libro il decreto de' 27 febbrajo 1836 dispone: 1.° Che le partite dell' annua rendita non maggiore di duc. 20 appartenenti a' minori sotto l' amministrazione del genitore, potranno alienarsi o vincolarsi dal solo padre, ne'

292. Egli non potrà accettare una eredità devoluta al minore altrimenti che col beneficio dell' inventario: non potrà però ripudiarla senza l'approvazione del tribunale civile.

Non potrà anche ipotecare o alienare i beni immobili de' figli minori, se non per necessaria ed urgente cagione, e coll' approvazione del tribunale civile (1).

Se il padre è tutore, vedi gli art. 380 e 384.

Egli è tenuto a render conto della proprietà e delle rendite di que' beni, de' quali non ha l' usufrutto; della sola proprietà di quegli altri, il di cui usufrutto gli è dalla legge attribuito; e della tenuta amministrazione.

Per i beni di cui non ha l'usufrutto, vedi la nota al margine dell'art. 301.

294. Per la morte di alcuno de' genitori il superstite sarà tutore de' figli minori; e con tal qualità eserciterà que' diritti, e sarà sommesso a tutti i doveri che risultano dalla tutela, come sarà spiegato nel titolo X del presente libro (2).

Vedi gli art. 313, 314, 316, 353, 366, 367, 373 e seg. 392.

295. Il figlio, tuttochè maggiore, pria che giunga agli anni venticinque compiti, avrà bisogno del concorso del padre nell' atto, o del suo consenso in iscritto, allorchè vorrà

1.° ipotecare, donare o alienare gl'immobili non acquistati colla propria industria;

2.° prendere danari o generi a mutuo, anche sotto l'aspetto di altro contratto qualunque;

3.° riscuotere capitali non acquistati colla propria industria, e farne quietanza (3).

Questa disposizione non si applica agli affari di commercio, pe' quali sono valide le obbligazioni del figlio anche minore di 21 anni: art. 410, 1262 lt. cc., e 6 leg. di eccez.

---

termini dell'art. 291; 2.° Quelle poi di una rendita maggiore di duc. 20 annui non potranno alienarsi o vincolarsi dal padre, se non serbando le formalità prescritte coll'art. 292 per l'alienazione ed ipoteche de' beni immobili.

Si noti che la seconda parte dell'art. è stata aggiunta nelle nostre leggi. La prima parte di esso ed i due art. seguenti sono nel codice francese collocati sotto il titolo della *tutela* e formano gli art. 389, 390 e 457.

(1) Non potendo il padre alienare l' immobile del figlio, può egli stesso domandare la nullità dell' alienazione? Il Presidente Fabro, nel suo codice, lib. 6., tit. 36, def. 1. stabilisce l'affermativa con ragioni di dritto, e la conferma con una decisione del senato di Ciamberi, de' 27 luglio 1588. La l. 4, cod. *de bonis quae liberis*, decide in termini formali, che il figlio di famiglia può anch'egli agire a questo proposito, tostochè è emancipato dalla patria potestà.

(2) Questo articolo corrispondente all'articolo 390 del codice francese è stato qui trasportato per maggior chiarezza. La tutela quantunque quasi sembra riunita alla patria potestà nella persona del conjuge superstite, può nondimeno esserne separata a segno, che un padre può esser rimosso dalla tutela, senza che perda i vantaggi dalla legge accordatigli sopra la persona ed i beni del figlio. La tutela adunque differisce dalla patria potestà per diversi rapporti: 1.° la patria potestà è in gran parte instituita a pro de' genitori: la tutela lo è solamente a pro de' figli; 2.° la patria potestà è un dritto, la tutela è un peso. Il tutore quando agisce con questa qualità è il mandatario legale del minore; egli agisce in nome del minore, ed è tenuto a render conto di ciò che fa; 3.° esercitando gli atti della patria potestà i genitori si avvalgono del loro dritto personale, di un dritto che loro appartiene: eglino agiscono in loro nome, e non debbono render conto a chi che sia dell' uso che fanno della loro potestà, purchè non ne faccino abuso. Toullier t. 2, n. 1092 e 1170. 4.° il padre o la madre esclusi o destituiti dalla tutela non sono privati della potestà paterna. Poitiers, 15 febbrajo 1811, D. t. 27, n. 337.

(3) Protratta la patria potestà agli anni 25, le nostre leggi ànno ristabilito le disposizioni del dritto romano e patrio intorno alla incapacità del figlio minore di 25 anni a poter fare da se solo talune specie di contratti, benchè dall'art. 411 fosse dichiarato maggiore all' età di anni 21, e capace di tutti gli atti della vita civile.

Il dritto romano, avuto riguardo alla cupidigia de' *feneratori* ed alla scioperatezza de' figli di famiglia che prendevano denaro a prestito con enorme interesse, avevano proibito a costoro il contratto di mutuo, ove non fosse intervenuto il consenso paterno. Fu questa l' origine del senato consulto *macedoniano*, le cui disposizioni erano ristrette al solo contratto di mutuo; l. 3, §. 3, ff. *de senatusc. maced.*

La prammatica del dì 8 luglio 1525 (1. *ad senatusc. maced.*) estese la proibizione ad ogni specie di contratto, vietando a' mastrodatti ed a' notaj, sotto pena di una multa di

296. Se il padre ricusa di autorizzare il figlio maggiore a qualche atto, questi potrà far citare direttamente il padre innanzi il tribunale civile, il quale può accordare o negare la sua autorizzazione, dopo che il padre sarà stato sentito, ovvero legalmente chiamato alla camera del consiglio.

Vedi gli art. 1194 e 1266.

297. Se il creditore dimostri che il mutuo fatto al figlio si è convertito in utilità del medesimo, avrà diritto a dimandarne la restituzione, tuttochè non vi sia intervenuta l' autorizzazione del padre (1).

---

cento once e della perdita dell' impiego, di ricevere le obbligazioni de' figli di famiglia senza il consenso paterno, purchè il figlio non fosse stato emancipato, o avesse vissuto colla moglie e sua famiglia in casa separata da quella del padre.

Con prammatica del dì 30 agosto dello stesso anno venne dichiarato, che se i figli di famiglia nelle contrattazioni si asserivano di loro dritto, o sciolti dal patrio potere, la falsa asserzione dovea venire imputata a' contraenti, senza che gli ufiziali pubblici che avessero ricevuto l' atto fossero tenuti a cosa veruna, salva l'azione di dolo (*pramm. citata*). Ma come abusavasi di tali false asserzioni ed i figli di famiglia erano non rare volte convenuti in linea criminale per lo mendacio, tal che i padri per non farli incorrere in una pena rinunciavano all' azione di nullità nascente dal macedoniano, così con altra prammatica de' 13 gennajo 1588 (*pramm. 63, de off. proc.* Caes, §. 4 e 8.) fu stabilito che in caso di falsa assertiva il figlio non incorreva in veruna pena.

La prammatica citata per falsa interpetrazione non veniva eseguita quando si trattava di giudicare cause di compra-vendita, sullo specioso motivo di favorire il commercio. Informato il Re di questo abuso dall' allora Tribunale di Commercio, la richiamò in piena osservanza con altra prammatica de' 24 aprile 1766, ed espressamente proibì le compre-vendite così dette *a credenza o habita fide de pretio*, come quelle sotto le quali potevasi celare il contratto di mutuo. Dichiarò inoltre il Sovrano che nella proibizione fossero compresi coloro che possedessero *peculio castrense o quasi castrense* (*pramm. 3 ad senatusc. maced.*) Da ultimo con prammatica del dì 8 settembre 1771 fu dichiarato che la proibizione riguardava ancora le lettere di cambio fatte da' figli di famiglia: *pramm. 4 ad senatusc. maced.*

Nella compilazione di questo art. furono passate a rassegna tutte le citate disposizioni, delle quali à il legislatore rigettato quelle che tendevano ad eludere direttamente o indirettamente le precauzioni stabilite per la conservazione del patrimonio del figlio tuttochè maggiore, ma minore di 25 anni. Gli atti adunque proibiti al figlio tuttochè maggiore, ma minore di 25 anni sono negli affari civili, poichè negli affari di commercio non corrono le stesse disposizioni:

1.° Prendere denaro a mutuo, anche sotto l'aspetto di altro contratto. Il contratto non sarebbe meno nullo quantunque il figlio si fosse dichiarato maggiore di 25 anni, altrimenti le disposizioni della legge, come accuratamente venne dichiarato con la prammatica del 30 agosto 1525, rimarrebbero eluse; e questa decisione prende altresì argomento dall' art. 1262.

2.° Alienare *gl' immobili* non acquistati colla propria industria, mentre per quelli acquistati colla propria industria, il legislatore, a differenza della prammatica del 24 aprile 1776, à considerato che niuna leggerezza poteva far temere nella propria condotta chi à saputo acquistare fondi ed accumulare danari.

3.° Ricevere capitali non acquistati colla propria industria e farne quietanza; ossia la legge vieta l'alienazione de' mobili *incorporali*, poichè in quanto a' mobili corporali, de' quali il possesso vale per titolo, l'art. in esame non ne vieta l'alienazione, e d'altronde i terzi non potrebbero essere revindicati: art: 2185.

Il consenso del padre si dimostra o col costui concorso nell' atto, o con un' autorizzazione *scritta*. Non è lecito quindi a colui che à contrattato col figlio minore di 25 anni, di provare con testimoni, a meno che non vi fosse un principio di pruova per iscritto, art. 1301, il consenso paterno. Ben vero la ratifica espressa o tacita del padre sana la nullità nascente dalla mancanza di autorizzazione; art. 1292.

(1) Era anche questa per dritto romano una causa per la quale cessava l'eccezione del *macedoniano, l. 5, cod. ad senatusc. maced; e nella l. 7, §. 13, ff. eod.* era stabilito che l' eccezione cessava ancora quando il creditore consegnato avesse al figlio quella somma che il padre fosse stato solito somministrargli. Questa decisione è conforme allo spirito delle nostre leggi, le quali se non decidono il caso del creditore che nel dare a mutuo danaro al figlio di famiglia, ancorchè versato in sua utilità, abbia ecceduto la misura che il padre avrebbe serbato, per argomento dell' art. 407, si può sostenere che le obbligazioni in tal caso sono riducibili, avuto riguardo alle sostanze del padre e del figlio, ed alla maggiore o minore utilità dell' uso fatto del denaro.

298. Il padre avrà l'usufrutto de' beni del figlio sino a che costui non giunga all'età di anni diciotto compiti (1), o sino alla emancipazione che potesse aver luogo prima di questa età (2). Vedi la nota al margine dell'art. 301.

Quando il padre sia premorto, la madre avrà la metà di questo usufrutto sino a chè il figlio non giunga alla maggiore età, o sia emancipato. Vedi l'art. 300.

299. I pesi di questo usufrutto sono i seguenti:

1.° i pesi stessi a' quali sono tenuti gli usufruttuarj; Art. 376, 525, 526 e seg.

2.° gli alimenti, il mantenimento e l'educazione de' figli in proporzione delle loro sostanze; Vedi l'art. 193.

3.° il pagamento delle annualità arretrate (3), o degl'interessi de' capitali;

4.° le spese funebri e dell' ultima malattia (4).

I pesi suddetti saranno a carico del padre nella totalità; a carico della madre per la sola metà. Vedi l'art. 298.

300. Questo usufrutto cesserà per la madre che passasse a seconde nozze (5).

---

(1) La ragione per cui non si è voluto accordare al padre l'usufrutto fino alla maggior età del figlio, è stata quella che si avrebbe a temere che per conservare l'usufrutto, i padri si rifiutassero di acconsentire ad un'emancipazione o ad un matrimonio da cui potrebbe dipendere il benessere e la fortuna del figlio. Processo verbale del Consiglio di Stato, e motivi esposti da Real in Locré 3, p. 322, n. 18 19 e 20, e p. 333, n. 15.—In quanto alla madre la legge nostra à limitato il godimento alla metà, ma questo godimento dura fino alla maggior età o emancipazione del figlio.

(2) L'usufrutto cessa inoltre per le cause indicate dagli art. 542, 543, 545. Cessa altresì per la rinuncia del padre o della madre: Proudhon, n. 216 e 217: Delvincourt lib. 1, tit. 8, nota 21. Duranton t. 3, n. 403. I creditori del padre potrebbero far rivocare questa rinuncia se è fatta in frode de' loro dritti, in virtù degli art. 547 e 1120; e questa dottrina è professata da Merlin questioni di dritto v. *usufruit paternelle* §. 1; Delvincourt, ed altri scrittori—Ma se la rinuncia all'usufrutto è una conseguenza dell'emancipazione, i creditori non potrebbero far rivocare l' emancipazione come insegnano Proudhon n. 2399, Toullier t. 6, n. 368, Delvincourt e Duranton n. 394. L' opinione contraria di Merlin loc. cit. non sembra esatta, quantunque egli nella terza edizione crede di non potersi piegare a' ragionamenti di Toullier.

La morte del figlio dà luogo all'estinzione dell'usufrutto? Per dritto romano la negativa è incontrastabilmente risoluta da molte leggi, ed assegnatamente dalla legge 7, §. 1, *ad senatusconsultum tertyllianum*. Ma i giureconsulti moderni osservano con molta ragione che sibbene per regola generale stabilita dell'articolo 542 la morte del proprietario non estingue l'usufrutto, e per l'articolo 544 l'usufrutto concesso fino a che un terzo giunga ad un'età determinata, abbia la durata fino a detta epoca, ancorché il terzo muoia prima di questa età, pure la morte del figlio deve produrre l' estinzione dell'usufrutto. La ragione si è che l'usufrutto è concesso a titolo lucrativo non solo, ma anche a titolo d'indennità per le cure che i genitori prestano a' figli, ossia l'usufrutto è annesso alla patria potestà. Or se l' effetto dee cessare con la sua causa, l'usufrutto finisce col finire la patria potestà, mentre la morte non è meno potente dell' emancipazione per metter fine alla patria potestà. Inoltre dopo la morte del figlio i beni passano in altro dominio, e per conseguente non può il padre godere l'usufrutto su que' beni che non sono più del figlio. Che se non esiste un testo positivo che faccia cessare l'usufrutto per la morte del figlio avvenuta prima del suo diciottesimo anno, questa cessazione è consona allo spirito del codice. Merlin rep. v. *usufruit paternelle*, §. 5. Toullier t. 2, n. 1072. Delvincourt lib. 1. tit. 8, nota 21. Proudhon n. 126, e 2050. Duranton t. 3, n. 392.

(3) Tanto durante l'usufrutto, che prima del suo cominciamento. Proudhon *de l' usufruit* n. 206. Toullier t. 2, n. 1069, nota 2.

(4) Di coloro cui sono succeduti i figli, spiegano Toullier t. 2, n. 1069, e Proudhon n. 211. Nella totalità aggiunge Maleville su questo articolo, se il figlio è legatario universale; e nella parte corrispondente al legato, se è legatario particolare: il dippiù delle spese sarà a carico dell'erede chiamato unitamente al figlio a raccogliere l'eredità del defunto, il che è conforme al titolo del digesto *de relig. et sumptibus funerum*—Delvincourt per altro (tit. 8, nota 14) sostiene che il codice à inteso parlare delle spese funebri e di ultima malattia del figlio.

(5) Questo articolo implicitamente decide che un secondo matrimonio non fa cessare l'usufrutto rispetto al padre. La legge ultima, *cod. de bonis maternis*, ed il capo 34 della novella 22 ne contengono disposizioni espresse—Se la madre che à perduto l'usufrutto per

In tre altri casi i genitori non godono l' usufrutto de' beni de' figli, e sono indicati negli art. 653, 1406 ll. civ., e 332 leg. pen.

301. Lo stesso usufrutto non si estenderà a' beni che i figli potranno acquistare separatamente colla loro fatica ed industria, nè a quelli che loro perverranno per donazione o per legato, colla espressa condizione che il padre o la madre non ne abbiano a godere (1).

302. Il padre avendo gravi motivi di malcontento per la condotta di un figlio, avrà i seguenti mezzi di correzione.

303. Se il figlio non ha compiuto l' anno quindicesimo, potrà il padre farlo tenere in arresto per un tempo non maggiore di un mese. Il presidente del tribunale civile della provincia o valle, sulla richiesta del padre, dovrà ordinarlo.

304. Dal cominciamento dell' anno decimosesto sino alla maggiore età, o sino alla emancipazione che possa aver luogo prima di tale età, il padre potrà domandare l' arresto del figlio per sei mesi al più. Il presidente del tribunale, dopo aver conferito col procuratore regio, accorderà o negherà l' ordine dell' arresto, e potrà nel primo caso abbreviarne la durata (2).

305. Nell' uno e nell' altro caso non avrà luogo scrittura o formalità alcuna: il solo ordine di arresto sarà ridotto in iscritto, senza esprimerne i motivi.

Il padre sarà soltanto tenuto a soscrivere un atto con cui si obblighi di pagare le spese e somministrare i congrui alimenti.

306. È sempre in facoltà del padre l' abbreviare la durata dell' arresto da lui ordinato o richiesto. Se il figlio messo in libertà ricade in nuovi traviamenti, può nuovamente essere arrestato colle regole prescritte negli antecedenti articoli.

307. Se il padre è passato a seconde nozze, per ottenere l' arresto del figlio del primo letto dovrà conformarsi all' articolo 304, quando anche il figlio non fosse pervenuto all' anno decimosesto.

---

un secondo matrimonio torna ad esser vedova prima dell'emancipazione o della maggior età del figlio, ella non ricupererà l'usufrutto che non è rimasto sospeso, ma è cessato pel solo fatto del passaggio alle seconde nozze. Delvincourt tit. 8, nota 19.

(1) È da osservarsi che la condizione apposta al legato di non potere il padre goderne l' usufrutto non produce effetto quando il figlio à su questi beni che formano un legato, un dritto di legittima indipendentemente dalla volontà del defunto. Laonde se la madre istituisce legatario universale il figlio sotto la condizione che il padre superstite non abbia l' usufrutto, fa d'uopo distrarre dal legato la quota che il figlio avrebbe potuto reclamare a titolo di legittima, e l'usufrutto di questa porzione dovrà essere accordata al padre. Toullier t. 2, n. 1067: Delvincourt lib. 1, tit. 8; nota 17. Proudhon n. 152.

(2) Il real decreto del dì 25 settembre 1828 negli art. 5, 6, 7, 8 e 9 prescrive così: Art. 5. « Il padre, o l'avo paterno pel tempo in cui sia necessario il loro rispettivo consenso » (art. 163) alla legittima contrattazione del matrimonio, qualora tema che alcun loro » discendente voglia contrarre matrimonio clandestino (su' matrimoni clandestini vedi » la nota 3, pag. 49), potrà farlo detenere per un periodo non maggiore di sei mesi » ne' luoghi stabiliti coll'art. precedente (gli uomini nella prigione correzionale, e le donne in un ritiro). In questo caso l' uomo potrà essere anche detenuto in una casa religiosa che a ciò si presti.

Art. 6. « Il presidente del tribunal civile della provincia o valle, sulla domanda del » padre o dell'avo paterno, ordinerà l'arresto del prevenuto, ed esprimerà nell' ordinanza » il luogo ed il tempo della detenzione, stabiliti dal padre o dall'avo.

Art. 7. « Se il padre, o l'avo paterno sia binubo, e si tratti di figli o nipoti dipendenti » da altro matrimonio, il presidente, dopo conferitone col procuratore del Re, accorderà o negherà l'ordine della detenzione, e nel primo caso potrà abbreviarne la durata.

Art. 8. « La madre sopravvivente al padre ed all'avo paterno, e non rimaritata, qualora sia necessario il suo consenso (art. 164) alla legittimita contrattazione del matrimonio, non potrà fare arrestare il figlio o la figlia nel caso dell'art. 5, se non coll' assenso di due de' più prossimi parenti paterni, ed in loro mancanza, di due amici, » e purchè il presidente del tribunal civile, udito il procuratore del Re, creda poter accordare l'arresto pel tempo che stimerà fra l'enunciato periodo di sei mesi.

Art. 9. « In tutti i casi in cui avrà luogo la detenzione saranno osservate le disposizioni dell'art. 305, leg. civili ».

308. La madre sopravvivente e non rimaritata (1) non potrà fare arrestare il figlio, se non coll' assenso de' due (2) più prossimi parenti paterni (3), e mediante istanza, conformemente all' articolo 304.

Può esercitar questo dritto anche nell' assenza del marito: art. 145.

309. Quando il figlio avrà beni proprj, o eserciterà una professione, non potrà aver luogo il di lui arresto, se non per mezzo di una istanza nella forma prescritta nell' articolo 304, anche quando non fosse giunto all' età di sedici anni.

Il figlio arrestato potrà indirizzare una memoria al regio procuratore presso la gran Corte civile.

Costui si farà render conto dell' affare dal procuratore regio del tribunale civile, e ne farà relazione al presidente della gran Corte civile, il quale, dopo di averne data notizia al padre, ed aver prese le convenienti informazioni, potrà rivocare o modificare l' ordine dato dal presidente del tribunale civile (4).

310. Gli articoli 303, 304, 305 e 306 sono comuni al padre ed alla madre de' figli naturali legalmente riconosciuti (5).

Vedi l' art. 172.

---

(1) Il matrimonio della madre facendola passare sotto la potestà del secondo marito, fa perdere il dritto di domandare la detenzione. La madre rientrerebbe in questo dritto dopo la morte del secondo marito. Toullier t. 2, n. 1058.

(2) Uno de' quali non acconsentendo, la detenzione non potrebbe aver luogo per questo mezzo. La madre però in questo caso potrebbe come tutrice richiedere la detenzione secondo le forme dell' art. 391. Delvincourt lib. 1, tit. 8, nota 9.

(3) In mancanza de' quali potrebbe ricorrere a due amici del padre, secondo Toullier t. 2, n. 1057, nota 1. Delvincourt però opina che bisognerebbe eseguire le formalità prescritte dall' art. 391.

(4) La disposizione di questo art. non può aver luogo nel caso in cui l'arresto siesi domandato dal padre per tema che il figlio voglia contrarre un matrimonio clandestino, poichè il decreto de' 25 settembre 1828 (le cui prescizioni si sono trascritte nella nota 2, pag. 96) non contiene alcuna eccezione.

(5) Limitando l' art. i dritti di patria potestà sulla sola persona del figlio naturale, è facile il comprendere che su' beni del figlio naturale, i genitori non vantano dritto di usufrutto.

In quanto a' dritti sulla persona l' art. si contenta di dichiarar comuni a' genitori de' figli naturali gli art. 303, 304, 305 e 306. Delvincourt (tit. 8, nota 22) osserva che sieno applicabili anche gli art. 307 e 309, perchè vi è la stessa ragione a temere la malevolenza della moglie del padre sul figlio naturale, e perchè i motivi che ànno fatto ammettere il concorso dell' autorità per l' arresto del figlio minore di 16 anni che possegga beni, non sono meno validi riguardo al figlio naturale.

Quando il padre naturale non à riconosciuto il figlio, o pure sia morto, la madre naturale che à riconosciuto il figlio esercita sulla sua persona la potestà; e come trovasi in questo art. richiamato l' art. 303, ne à conchiuso Proudhon che la madre può ordinare la detenzione del figlio. Ma osserva in contrario Delvincourt, che se l' art. 308 nega il dritto di chiedere la detenzione alla madre legittima che non abbia il parere di due parenti, questo parere non potendosi ottenere sul figlio naturale che non à famiglia, debbesi ricorrere all' art. 391, il quale esige l' autorizzazione del consiglio di famiglia—E noi aggiungiamo che il consiglio di famiglia dev' essere composto di persone cognite per aver avuto relazioni di amicizia col padre defunto del figlio naturale da lui riconosciuto, o da amici della madre; arg. dell' art. 330. Vedi la nota 5, pag. 108.

TITOLO X.

DELLA MINORE ETA', DELLA TUTELA E DELLA EMANCIPAZIONE (1).

CAPITOLO I.

Della minore età.

Vedi l'art. 411.

311. Il *minore* è quella persona dell' uno o dell' altro sesso, la quale non è giunta ancora all' età di anni ventuno compiti (2).

CAPITOLO II.

Della tutela

SEZIONE I.

Della tutela del padre e della madre.

Vedi gli art 291, 292, 293 e 294.

312. Il padre, durante il matrimonio, è l'amministratore de' beni di proprietà de' suoi figli minori. (3).

Vedi l'art. 319.

313. Può il padre destinare alla madre sopravvivente e tutrice un contutore anche estraneo.

314. La nomina del contutore non potrà esser fatta, se non in una delle seguenti maniere:

1.° con un atto di ultima volontà (4);

---

(1) La patria potestà si esercita durante il matrimonio: sciolto questo per la morte di uno de' conjugi o di ambo i genitori, il legislatore dovea occuparsi di coloro che rimasti nell' età in cui l' esperienza non à illuminato la ragione àn bisogno di protezione. E questa l' origine della *tutela* la quale è un incarico civile che dona a colui che n' è rivestito il dritto di prender cura della persona e di amministrare gratuitamente i beni di un altro che per difetto di età non può governarsi da se stesso.

Il dritto romano contiene un trattato completo in materia di tutela; ed i compilatori del codice civile non àn dovuto fare altro che ritenerne con qualche modifica e riunirne le disposizioni. Ben si comprende perciò che le discussioni del Consiglio di Stato sono su questo titolo di poca importanza, e tranne alcune modificazioni fatte all' antica legislazione, non si trovano nei processi verbali osservazioni meritevoli di profondo esame. Noi quindi noteremo negli articoli di questo titolo le leggi romane che possono illustrarne le disposizioni.

(2) La legge *Letoria* fissò la maggior età agli anni 25. I Longobardi ridussero la minor età agli anni 18, e sebbene ciò non ligasse coloro che vivevano *jure romano*, pure si era per costume introdotto, fino a che Federico II colla costituzione *minorum jura* tit. *de restit. min.* la stabilì sino all' età di 18 anni, *quo completo ipso tam in contractibus, quam in judiciis, et in omnibus perfectae aetatis volumus reputari.*

L'art. in esame stabilendo il termine della minor età agli anni 21, à preso il giusto mezzo fra il dritto romano e la costituzione di Federico.

(3) E l' amministrazione che il padre à durante il matrimonio non prende il nome di tutela, poichè la tutela non comincia che dopo la morte di uno de' genitori (art. 294), e la tutela differisce sotto vari rapporti dalla patria potestà. Vedi la nota 2, pag. 93.

(4) La nullità del testamento non deve impedire al giudice di confermare la nomina che in esso è fatta di un tutore. Ciò risulta dalla legge 3, ff. *de confirm. tutore*, e l. 26, § ult. ff. *de testamentaria tutela.*

2.° con una dichiarazione fatta al giudice di circondario assistito dal suo cancelliere, o pure avanti notaj.

315. Se alla morte del marito la moglie trovasi incinta, verrà nominato un curatore al ventre dal Consiglio di famiglia.

Alla nascita del figlio, la madre ne diverrà tutrice, ed il curatore sarà *ipso jure* il tutore surrogato.

316. La madre non è obbligata ad accettar la tutela: nondimeno, in caso che non sia stato destinato un contutore, ed essa la rifiuti, dovrà adempierne i doveri sino a che abbia fatto nominare un tutore.

317. Se la madre tutrice vuole rimaritarsi, dovrà prima del matrimonio convocare il Consiglio di famiglia, il quale deciderà se la tutela debba esserle conservata. Vedi l'art. 321.

In mancanza di questa convocazione, essa perderà *ipso jure* la tutela (1); ed il suo nuovo marito sarà solidalmente risponsabile di tutte le conseguenze (2) della tutela che essa avrà indebitamente conservata.

318. Quando il Consiglio di famiglia legalmente convocato conserverà la tutela alla madre, e non vi sia un contutore destinato dal padre, le darà necessariamente per contutore il secondo marito, il quale diverrà solidalmente risponsabile, unitamente alla moglie, dell'amministrazione posteriore al matrimonio (3). **La solidarietà del secondo marito forma un' eccezione all' art. 1155.**

SEZIONE II.

Della tutela conferita dal padre o dalla madre (4).

319. Il diritto personale di assegnare un tutore parente o anche estraneo non appartiene se non a quello de' genitori, il quale morrà l'ultimo. Nondimeno nel caso che si trovi un contutore destinato dal padre ne' termini dell'articolo 313, la madre non potrà usare di questo diritto che pe' soli beni di lei. Vedi l' art. 343.

320. Questo diritto non potrà essere esercitato, se non nelle forme prescritte nell' articolo 314, e sotto le seguenti eccezioni e modificazioni.

321. La madre rimaritata e non conservata nella tutela de' figli del primo matrimonio, non può destinar loro un tutore.

---

(1) Ma potrebbe la madre ricuperare la tutela in virtù di una nomina che venisse fatta nella sua persona dal consiglio di famiglia? No, secondo il presidente Fabro nel suo codice lib. 5, tit. 21, def. 2, e Perezio sul tit. del codice *quando mulier officio tutelae fungi potest*, §. 3: quest'ultimo scrittore sostiene che la madre non potrebbe ricuperare la tutela neanche dopo la morte del secondo marito. Degli scrittori moderni opinano che la madre potrebbe ricuperare la tutela, perciocchè non esiste veruna legge la quale vieti di scegliere una donna maritata per tutrice de' suoi figli del primo letto, ed in questo caso deve avere il secondo marito per contutore. Delvincourt lib. 1, tit. 10, nota 20. Duranton t. 4, n. 427.

(2) Anche di quelle per la gestione anteriore al matrimonio. Osservazioni del Tribunato, e discorso di Leroy in Locré 3, p. 401, n. 7, p. 428, n. 7—Si è perciò consacrato l'adagio, che *chi sposa la vedova, sposa la tutela.*

(3) Se la tutela della madre cessa per la morte, destituzione ec., suo marito cesserà anche di essere contutore, poichè egli non à dritto di esserlo, se non con quella: arg. dell'art. 322.

(4) Il padre o la madre può nominare un tutore coll'obbligo di non amministrare che dopo o fino ad un certo tempo? Può mai apporre alla sua nomina una clausola che la rende condizionale, o che ne faccia dipendere l'adempimento dall' avveramento di una condizione? Rispondono affermativamente il §. 3, *Inst. qui testam. tut. dari poss.*, il §. 2, *quib. modis tut.*, e *la legge* 8, §. 2, ff. de *testamentaria tutela*. Nulla di contrario a questi principi contiene il codice: Toullier t. 2, 1105.

322. Quando la madre rimaritata e conservata nella tutela avrà destinato un tutore a' figli del suo primo matrimonio, tale destinazione non sarà valida, qualora non sia confermata dal Consiglio di famiglia.

SEZIONE III.

Della tutela degli ascendenti (1).

323. Quando da niuno de' genitori sia stato assegnato un tutore al figlio in età minore, la tutela spetta di dritto al suo avo paterno; in mancanza di questo, all' avo materno, e così risalendo la linea ascendentale; in modo che l' ascendente paterno venga preferito costantemente all' ascendente materno del grado medesimo (2).

Vedi l' art. 343.

324. Se in mancanza dell' avo paterno e materno del minore, concorressero due ascendenti di un grado superiore appartenendo entrambi alla linea paterna del minore, la tutela passerà di diritto all' avo paterno del padre del minore.

325. Concorrendo due bisavoli nella linea materna, la nomina sarà fatta dal Consiglio di famiglia, il quale non potrà scegliere che uno di questi due ascendenti.

SEZIONE IV.

Della tutela conferita dal Consiglio di famiglia (3).

326. Quando un figlio minore e non emancipato resterà senza padre e

---

(1) Le disposizioni in questa sezione contenute sono applicabili al caso in cui la madre dapprima investita della tutela, ne sia stata poi privata a' termini dell'art. 317, per essere passata a seconde nozze? Gli ascendenti sono in tal caso tutori *ipso jure*, siccome lo sono allorchè l'ultimo de'genitori non abbia disposto della tutela? La risoluzione dev'essere negativa, poichè gli art. 323 e 326 non sono applicabili che al caso di morte de'genitori dei minori, e che in quelli preveduti dagli art. 316 e 317 la tutela legale degli ascendenti non è stabilita, poichè questi art. esigono la deliberazione del consiglio di famiglia. Arresto della Corte di Cass. di Parigi de' 26 febbraio 1807, in Merlin repert. v. *Tutele* sez. 2, §. 2, art. 2 e 3. Toullier t. 2, n. 1107. Delvincourt lib. 1. tit. X, nota 28.

(2) Esiste un' altra specie di tutela legittima stabilita con decreto de' 13 agosto 1810 e richiamata in vigore con decreto de' 7 aprile 1828. Viene ordinato con questi decreti che gli esposti ed i minori ammessi negli ospizi a qualunque titolo e sotto qualunque denominazione, ovvero che sieno a carico degli stabilimenti di beneficenza, qualora non abbiano tutore riconosciuto dalla legge, saranno sotto la tutela delle commessioni amministrative degli stabilimenti medesimi, le quali designeranno uno de' loro membri, per esercitare, ove occorra, le funzioni di tutore, e gli altri formeranno il consiglio della tutela.

(3) Gli oggetti di cui si occupa il consiglio di famiglia sono ben numerosi, ed è cosa utilissima qui riunire le disposizioni della legge sparse nelle diverse parti del codice sulle attribuzioni di questo collegio familiare; non che notare i casi ne'quali è, ed in altri no necessaria la omologazione del tribunale per produrre effetto le deliberazioni.

Il consiglio deve deliberare, e la deliberazione non dev' essere omologata dal tribunale ne' seguenti casi:

1.° per la cura de' figli dell' assente: art. 146.

2.° pel consenso al matrimonio del minore, o per le opposizioni da farsi dal tutore o curatore al matrimonio dello stesso: art. 75, 174 e 184.

3.° pel tutore speciale da darsi al figlio contro il quale vuole il padre esercitare l'azione di rifiuto: art. 240. (Questa proposizione per altro è contraddetta: vedi la nota 2, pag. 69.)

madre, e senza tutore da essi eletto, e senza ascendenti maschi; come pure quando il tutore fornito di alcuna delle qualità di cui si parlerà in appresso, o legittimamente scusato, si procederà dal Consiglio di famiglia alla nomina (1) di un tutore (2), sia congiunto, sia estraneo, secondo la prudenza e religione del Consiglio medesimo (3).

Si procederà anche alla nomina di un tutore surrogato: art. 342 e 344.

4.° per l'adozione del minore: art. 270.
5.° pel curatore al ventre pregnante: art. 315.
6.° per la tutela confirmata alla madre rimaritata: art. 317.
7.° per la tutela conferita dalla madre a' figli del primo letto: art. 322.
8.° per la nomina del tutore da farsi quando concorrono due bisavoli materni: art. 325.
9.° per la nomina del tutore surrogato: art. 342 e 343.
10.° per le scuse e per la rimozione del tutore: art. 360, 361, 369, 370.
11.° pe' mobili del minore conservati in ispecie, per le spese del suo mantenimento, e per l'impiego del supero: art. 375, 377 e 378.
12.° per l'accettazione di un'eredità: art. 384 e 693.
13.° per l'accettazione di una donazione: art. 386 e 859.
14.° per intentare azione sopra stabili e per divenire alla divisione: art. 387, 388, 736, 757, ll. cc., ed art. 1044. proc. civ. e 156 leg. di espropriazione.
15.° per mezzi di correzione del minore: art. 391.
16.° per autorizzare il tutore a prendere in affitto i beni del minore: art. 373.
17.° pe' conti da darsi dal tutore al tutore surrogato: art. 393.
18.° per la emancipazione del minore, per la destinazione del curatore al minor emancipato e per la rivoca della emancipazione: art. 401, 403 e 408.
19.° pel parere sulla interdizione e per la nomina del consulente al prodigo: art. 417, e 437.
20.° per la cura dell'interdetto in casa o in altro luogo: art. 433.
21.° pel curatore al sordo muto onde accettare una donazione: art. 860.
22.° pel tutore onde eseguirsi le sostituzioni: art. 1012.
23.° per approvare le convenzioni matrimoniali del minore: art. 1049 e 1352.
24.° per la riduzione delle ipoteche legali: art. 2035, 2037 e 2038.
25.° per autorizzare il condannato alla interdizione de' pubblici uffizi a fare da tutore a' proprî figli: art. 14, leg. penali.
26.° per autorizzare il condannato alla pena correzionale della interdizione a tempo ad essere tutore o curatore de' proprî figli: art. 27, n. 1, leg. penali
27.° per autorizzare il tutore di minori a costituirsi parte civile in un giudizio penale: art. 36, proc. penale.

Le deliberazioni del consiglio di famiglia debbono essere omologate ne' seguenti casi:

1.° per la *nomina* del tutore: art. 326.
2.° per l'alienazione ed ipoteca de' beni del minore: art. 292, 380, e 381.
3.° per le transazioni in nome de' minori: art. 390, e 1917.
4.° per la rinuncia dell'eredità devoluta a' minori: arg. dell'art. 292, e art. 384. (V. la nota 1, p. 112.)
5.° pel debito del minore emancipato: art. 406.
6.° pel matrimonio fra il tutore ed il minore: art. 157.
7.° per la nomina del tutore e surrogato tutore all'interdetto: art. 326 e 428 ll. cc. art. 972, proc. civ. Lo stesso dicasi per la nomina del tutore al condannato: art. 15, l. p.
8.° per le convenzioni matrimoniali del figlio dell'interdetto: art. 434.
9.° pel consenso della famiglia al minore onde esercitare la mercatura: art. 6. leg. di eccezione per gli affari di commercio.
10.° per l'alienazione delle rendite inscritte sul G. Libro che oltrepassino annui duc. 20. Decreto de' 23 marzo 1833.

(1) La nomina dev'essere pura e semplice, e non può essere a tempo o sotto condizione. Toullier t. 2, n. 1105.
(2) E di un protutore se il minore avesse beni fuori regno, art. 338. (V. la nota 2, p. 104.)
(3) Secondo l'antico dritto i parenti erano considerati come i certificatori del tutore, e quindi risponsabili: *qui scilicet cum tutores idoneos esse affirmaverent, fidejussorum vicem sustinent*, l. 4, §. ult. ff. *de fidejuss. tut.* La commissione incaricata del progetto del codice avea inserito perciò una disposizione che dichiarava i nominatori risponsabili dell'amministrazione del tutore; ma il Consiglio di Stato rigettò questa disposizione, ed il codice civile non ne offre alcuna traccia. « L'uso il quale voleva (disse al proposito il sig.

Vedi gli art. 962 a 966 p. c.

Vedi gli art. 339 e 340.

Questa nomina dovrà essere omologata dal tribunale civile. Il giudice del circondario dovrà di ufficio rimettere il verbale al procurator regio, senza frattanto impedirsi l'esecuzione della nomina fatta (1).

327. Questo Consiglio sarà convocato, tanto a richiesta e preventiva istanza de' parenti (2) del minore, de'suoi creditori o di altre parti interessate (3), quanto ancora di ufizio e per ordine del giudice di circondario del domicilio (4) del minore. Potrà ognuno denunziare a questo giudice di circondario il fatto che darà luogo alla nomina di un tutore (5).

Non possono essere membri del consiglio di famiglia gl'individui indicati negli art. 365 e 368.

328. Il consiglio di famiglia, non compreso il giudice di circondario, sarà composto di sei parenti o affini, metà del lato paterno, metà del materno, secondo l'ordine di prossimità in ciascuna linea, i quali potranno prendersi tanto nel comune ove si farà luogo alla tutela, quanto nella distanza di dieci miglia (6).

Il parente sarà preferito all'affine nello stesso grado (7): e fra i parenti di egual grado verrà preferito il più vecchio.

329. I fratelli germani (8) del minore ed i mariti (9) delle sorelle germa-

---

» Leroy nel suo rapporto fatto al tribunato, in Locré 3, p. 527. n. 10) che i parenti nomi-
» natori fossero tenuti della cattiva amministrazione de'tutori, in caso d'insolvibilità, era
» irragionevole: la famiglia à adempito al suo dovere, quando à fatto la sua scelta con
» tutte le precauzioni della buona fede, e con tutte le cure della tenerezza ».

(1) Questo secondo comma è aggiunto al corrispondente art. del codice francese, che non richiedeva necessariamente l'omologazione del tribunale civile. Sembra dalla redazione di questa seconda parte dell'art. che l'omologazione debba essere impartita di officio dal tribunale, e senza instanza di parte, altrimenti sarebbe stato ozioso di ordinare *ex officio* il rinvio del verbale di nomina; ma non è men vero che l'art. 962, proc. civ. dispone che l'omologazione debbe provocarsi dall'interessato.

(2) Nella seduta del dì 22 vendemiale anno XI (14 ottobre 1802) fu proposta la giunta di una disposizione che rendeva questi parenti solidalmente risponsabili della non convocazione del consiglio di famiglia. Questa emenda fu soppressa nella redazione ammessa nella seduta de'6 brumajo anno XI (28 ottobre 1802). Locré 3, p. 388, n. 27 e 28, e p. 397.

(3) *L.* 2, §. *3, ff. qui petant tutores;* ll. 1, 4 e 6 cod. *eod.*, e l. 28, §. 2, cod. *de administratione tutorum*

(4) Il quale è nel momento in cui si dà luogo alla tutela il domicilio de'suoi genitori. Quindi questo domicilio fissa la competenza del giudice di circondario, e presso questo giudice deve convocarsi il consiglio per tutto il tempo della tutela, mentre il consiglio di familia non deve portarsi ne' diversi domicili che potrebbero successivamente prendere i tutori e curatori del minore. Cass. di Parigi 29 novembre 1809 in Sirey anno 1810, p. 63; e 23 marzo 1819 detto anno, p. 525. Toullier t. 2, n. 1113.

(5) Il ministero pubblico non può convocare di officio un consiglio di famiglia ad oggetto di nominare un tutore al minore. Arresto della Cass. di Parigi de'27 glaciale anno 13 in Merlin repert., v. *mineur*, §. 4.—Può bensì il ministero pubblico denunziare il fatto al giudice di circondario perchè convochi un consiglio.

(6) La legge non ha pronunziato la pena di una nullità assoluta per la contravvenzione alle sue disposizioni relative alla composizione ed alla convocazione del consiglio di famiglia; e ciò per lasciare a'tribunali la facoltà di decidere se le circostanze danno a dette contravvenzioni un carattere grave in modo da pronunziare la nullità degli atti in cui sono state commesse. Toullier t. 2, n. 1119.

(7) In questo art. non si dice se fra gli affini dello stesso grado i più vecchi debbano essere preferiti a'più giovani: quindi è nella prudenza del giudice di circondario di chiamar quello che fra di essi sia il più idoneo, e che abbia maggior premura pel bene del minore.

(8) Sembra dunque che i fratelli consanguinei ed uterini non possan essere compresi nella disposizione di questo art. espressamente limitata a'soli fratelli germani.

(9) Purchè sieno viventi le mogli o vi sieno figli nati da'matrimoni, perciocchè l'affinità resta sciolta per la morte di chi la produsse.

ne (1) sono i soli eccettuati dalla limitazione del numero stabilito nel precedente articolo.

Quando sieno sei o più, saranno tutti membri del Consiglio di famiglia, che da essi soli verrà composto unitamente alle vedove degli ascendenti, ed agli ascendenti legittimamente scusati dalla tutela, se ve ne fossero (2).

Quando fossero in numero minore, saranno chiamati gli altri parenti per completare il Consiglio.

330. Quando i parenti o affini nell'una o nell'altra linea non si troveranno in numero sufficiente ne' luoghi o nella distanza indicata nell' articolo 328, il giudice di circondario chiamerà i parenti o gli affini domiciliati in distanza maggiore, o pure i cittadini del medesimo comune, cogniti (3) per aver avuto abitualmente relazione di amicizia (4) col padre o colla madre del minore (5).

331. Il giudice di circondario, quando anche si trovasse nel luogo un numero sufficiente di parenti o di affini, potrà permettere che vengano citati, qualunque sia la distanza del domicilio, i parenti o gli affini di grado prossimiore o di grado eguale (6) a quello de' parenti o degli affini presenti; in maniera però che ciò si esegua sottraendo qualcuno di questi ultimi, e senza oltrepassare il numero stabilito negli articoli precedenti.

332. Il termine a comparire verrà stabilito dal giudice di circondario per un giorno determinato; in maniera però che vi passi sempre, fra l' intimazione della citazione ed il giorno fissato per la convocazione del Consiglio, un intervallo di tre giorni almeno, quando tutte le parti citate risederanno nello stesso comune, o alla distanza di dieci miglia.

Qualora fra le parti citate se ne troverà alcuna domiciliata al di là di tale distanza, sarà accresciuto il termine di un giorno di più per ogni quindici miglia.

333. I parenti, affini o amici in tal modo chiamati, saranno tenuti a presentarsi personalmente, o pure a farsi rappresentare da un procuratore speciale.

Il procuratore non può rappresentare più di una persona.

334. Qualunque parente, affine o amico chiamato, e che senza legittima scusa non comparisse, incorrerà in una multa che non potrà eccedere dieci ducati; la quale sarà pronunciata inappellabilmente dal giudice di circondario.

335. Essendovi motivo sufficiente di scusa, e convenendo di aspettare l'assente o di rimpiazzarlo; in tal caso, come in qualunque altro in cui sembrasse

---

(1) Le sorelle germane non maritate o vedove non possono far parte del consiglio, perchè a'termini dell'art. 365, alle donne, eccettuate le madri e le ascendenti, è vietato d'intervenire nel consiglio di famiglia.

(2) È da osservarsi che se gli ascendenti scusati e le vedove degli ascendenti fanno parte del consiglio di famiglia e debbono essere convocati, la loro assistenza è puramente volontaria in modo, che possono non assistervi; per il che non vanno compresi nel numero di sei parenti necessarî per comporlo. Toullier t, 2, n. 1111.

(3) Si viene in conoscenza dal giudice di queste persone tanto per la pubblica voce, che per la dichiarazione delle persone della casa del minore. Locré 3, p. 389, n. 33.

(4) *Amicizia* nel senso della legge 223, §. 1. ff. de V. S.

(5) I consigli di famiglia che sono chiamati a deliberare sugl'interessi de'figli naturali, debbono essere composti dal giudice di circondario e di persone cognite per aver avute relazioni di amicizia co'genitori; nè sono loro applicabili le disposizioni degli art. 328 e 329, poichè i figli nati fuori matrimonio non ànno famiglia. Decisione della Cass. di Parigi de' 5 settembre 1806 in Merlin rep. v. *conseil de famille*, n. 2.

(6) E non mai di un grado più lontano.

esigerlo l'interesse del minore, il giudice di circondario potrà rimettere l'assemblea ad altro giorno, o prorogarla.

V. l'art. 328 e 329. 336. Questa assemblea si terrà di diritto presso il giudice di circondario, eccettochè se egli stesso non abbia indicato un altro locale. Si richiede la presenza per lo meno di tre quarti de' membri convocati (1), perchè si possa deliberare.

V. l'art. 960 p.c. 337. Al Consiglio di famiglia presederà il giudice di circondario, il quale vi avrà voce deliberativa e preponderante in caso di parità.

338. Quando il minore domiciliato nel regno possedesse beni fuori del regno, o viceversa, l'amministrazione particolare di questi beni verrà affidata ad un protutore (2).

In tal caso il tutore ed il protutore saranno indipendenti, e non obbligati uno verso l'altro per la loro rispettiva amministrazione (3).

339. Il tutore in tal qualità agirà ed amministrerà dal giorno della sua nomina, se egli era presente; diversamente, dal giorno in cui gli sarà stata notificata (4).

340. Quando la nomina di un tutore non sarà fatta in sua presenza, gli sarà notificata a cura di un membro del Consiglio di famiglia, che sarà stato da questo designato. Tale notificazione sarà fatta fra tre giorni dopo quello della deliberazione, oltre di un giorno per ogni quindici miglia di distanza fra il luogo ove il Consiglio di famiglia si è tenuto, ed il domicilio del mentovato tutore (5). (V. gli art. 959, e seg. p. c.)

341. La tutela è un peso personale che non passa agli eredi del tutore. Questi saranno tenuti soltanto per l'amministrazione del loro autore e quando sieno in età maggiore, saranno tenuti a continuarla finchè sia nominato un nuovo tutore (6).

---

(1) La parola *convocati* fu aggiunta nell'art. sulle osservazioni del tribunato, ad oggetto di comprendere che il giudice non si conta nel numero de' membri convocati, perchè è egli che convoca. In conseguenza, oltre il giudice, il numero de' deliberanti dev'essere necessariamente almeno di cinque. Locré 3, p. 405, n. 13.

(2) Da chi sarà nominato il protutore? Nel Consiglio di Stato di Francia erasi adottato che il protutore sarebbe nominato nel luogo dell'apertura della successione, ossia nel luogo dove si riunisce il consiglio di famiglia che procede alla nomina del tutore. Ma se il protutore nominato si scusa, ciò che vale lo stesso se il consiglio di famiglia non ne avesse nominato alcuno, il protutore dovrebb'essere nominato nel luogo in cui sono situati i beni. Questa emenda non essendo stata inscritta nella redazione che fu sanzionata, venne reclamata; ma fu rinviata ad una legge organica che sarebbe stata posteriormente fatta. Locré 3, p. 392, n. 6 e p. 409, n. 2. Questa decisione del consiglio è ragionevole, e bisogna così regolarsi ne' casi particolari. Toullier t. 2, n. 1123.

(3) Dalla disposizione contenuta nel secondo comma dell'art. può dedursi, che non si deve destinare il protutore allorchè il minore è sotto la tutela naturale di suo padre o di sua madre che ànno l'usufrutto legale de' suoi beni in virtù della patria potestà. Sarebbe indubitatamente contrario alla patria potestà destinare pel figlio un amministratore indipendente dal padre, e perciò la persona incaricata di amministrare i beni del figlio siti fuori regno dev'essere un procuratore e persona dipendente dal padre. Toullier t. 2, n. 1123.

(4) Ben è inteso però che quest'amministrazione è provvisionale fino a che la nomina non sarà omologata dal tribunale civile, art. 327, e non sia deciso sulle scuse, art. 363.

(5) Questa disposizione nel codice francese è contenuta nell'art. 882 proc. civ. E quantunque tale disposizione è anche presso di noi scritta nell'art. 959 della proc. civ., si è creduto di richiamarla anche qui.

(6) Vedi la nota sotto l'art. 392.

Conviene nel chiudere la materia delle diverse specie di tutela tener discorso de' tutori *ad hoc* o *speciali*.

Non rare volte avviene che i tutori si danno a' minori per rappresentarli in un determi-

SEZIONE V.

Del tutore surrogato (1).

Per le altre funzioni del tutore surrogato, v. gli art. 369, 374, 375, 382, 393, 1406, 2024, 2025, 2037, 2094, ll. cc.; e art. 508 proc. civ.

342. In ogni tutela vi sarà un tutore surrogato che si nomina dal Consiglio di famiglia.

Le sue funzioni consisteranno nell'agire per gl' interessi del minore, allorchè questi si trovino in opposizione con quelli del tutore (2).

343. Quando le funzioni di tutore saranno devolute ad una persona che abbia alcuna delle qualità espresse nelle sezioni I, II e III del presente capitolo, questo tutore prima di entrare in funzione, dovrà far convocare un Consiglio di famiglia composto nelle forme prescritte nella sezione IV, acciocchè passi alla nomina di un tutore surrogato.

Qualora siasi immischiato nell' amministrazione, prima di aver adempito a questa formalità, il Consiglio di famiglia convocato ad istanza de' parenti, creditori o altre persone interessate, ovvero dal giudice di circondario per uficio, potrà, quando siavi dolo per parte del tutore, rimuoverlo dalla tutela, senza pregiudizio delle indennità dovute al minore.

344. Nelle altre tutele la nomina del surrogato tutore avrà luogo immediatamente dopo quella del tutore.

345. In nessun caso il tutore darà voto per la nomina del surrogato tuto- Neanche darà voto per la destituzione, art. 348.

---

nato affare cui si limitano le loro funzioni. Sono questi i tutori che prendono il nome di *tutori speciali*, o *ad hoc*.

1.° Allorchè il marito o i suoi eredi rifiutano il figlio conceputo nel matrimonio, l'azione dev'essere diretta contro il tutore *ad hoc* nominato al fanciullo: art. 240.

2.° Allorchè in una divisione di eredità vi sieno minori sottoposti alla medesima tutela ed abbiano interessi opposti, si dee dare a cadauno di essi un tutore speciale: art. 757.

3.° Allorchè il padre amministratore legale durante il matrimonio (art. 291 e 312) abbia interessi opposti a quelli de'suoi figli minori, devesi a costoro nominare un tutore *ad hoc*, non potendo essere rappresentati dal padre per la massima, *ipse tutor in rem suam auctor esse non potest*: arg. degli art. 240 e 757.

4.° Allorchè il figlio naturale non riconosciuto, o riconosciuto abbia perduto i genitori voglia contrarre matrimonio prima degli anni 21, gli si deve nominare un tutore *ad hoc*: art. 173.

5.° Nelle sostituzioni à luogo la nomina di un tutore *ad hoc* per eseguirle: art. 1011.

6.° Allorchè devesi accettare una donazione da un sordo muto che non sappia scrivere, si nomina un curatore *ad hoc*: art. 860.

Si noti che quando il tutore à interessi opposti a quelli del minore o dell'interdetto non si procede alla nomina di un tutore *ad hoc*, ma il minore è rappresentato dal tutore surrogato le cui funzioni consistono principalmente ad agire per gl'interessi del minore o dell' interdetto, allorchè sono in opposizione con quelli del tutore: art. 342.

(1) La utilità della instituzione del tutore surrogato fu espressa dal tribuno Huguet ne' seguenti termini: « Le disposizioni di cui vi rendo conto organizzano le diverse tutele; ma può accadere, o piuttosto accaderà sovente che i tutori avranno degl' interessi contrari a'minori: si è allora pensato che, in tutt'i casi possibili, era utile, pel maggiore interesse de'minori di mettere a lato de' tutori e anche de' padri delle madri ed ascendenti a'quali si conferisce la tutela di dritto, un surrogato tutore, che, senza immischiarsi nell'amministrazione confidata al tutore, sarà in certi casi, il sorvegliatore e gli presterà soccorso. È una specie di modificazione molto ingegnosa e molto utile, sia al rigore del dritto consuetudinario, che vuole che tutte le tutele sieno dative, sia all'estrema facilità del dritto scritto, che ammette le tutele di dritto ». Locré 3, p. 421, n. 15.

(2) Ed in questo caso il tutore surrogato non può far parte del consiglio di famiglia. Negli altri casi il tutore surrogato che si trova membro del consiglio di famiglia può dar voto anche per domandare a' termini dell'art. 348, la rimozione del tutore infedele. Arresto della Cass. di Parigi de'5 settembre 1806 in Merlin rep., v. *conseil de famille*, n. 2. Toullier t. 2, n. 1135.

re, il quale sarà scelto, quando non sienvi fratelli germani, in quella delle due linee, a cui il tutore non appartiene.

I danni interessi sono dovuti altresì ne' casi degli art. 1406 e 2024.

346. Se la tutela diverrà vacante, o sarà abbandonata per assenza, il surrogato tutore non può rimpiazzare il tutore, ma dovrà dimandar la nomina di un nuovo tutore, sotto pena del risarcimento de' danni ed interessi che ne potranno derivare al minore.

347. Le funzioni del surrogato tutore cessano nello stesso tempo in cui cessa la tutela.

348. Le disposizioni contenute nelle sezioni VI e VII di questo capitolo si applicheranno a' tutori surrogati.

Nondimeno il tutore non potrà dimandare la destituzione del surrogato tutore, nè darà voto ne' Consigli di famiglia convocati a questo oggetto (1).

SEZIONE VI.

Delle cause che dispensano dalla tutela (2).

Le disposizioni contenute in questa sezione sono applicabili al tutore surrogato: art. 348.

349. Sono dispensati dalla tutela tutti i cittadini che esercitano un pubblico impiego (3) fuori della provincia o valle, in cui deve conferirsi la tutela.

350. Sono egualmente dispensati dalla tutela i militari in attività di servizio, e tutti coloro che hanno una missione del Re fuori del territorio del regno.

351. Se la missione non è autentica, e sia posta in dubbio, non si ammetterà la dispensa, se non dopo che il reclamante avrà esibito un certificato del Ministro da cui dipende la sua missione addotta per titolo di scusa.

352. I cittadini della qualità indicata ne' precedenti articoli, che hanno accettato la tutela posteriormente alle funzioni, servigj o missioni che li dispensano, non saranno più ammessi a chiedere di esserne liberati per le stesse cause.

353. Coloro che per lo contrario, a' quali le mentovate funzioni, servigj o missioni saranno state conferite dopo l' accettazione ed amministrazione di una tutela, se non vogliano ritenerla, potranno entro un mese far convocare un Consiglio di famiglia, affinchè si proceda al loro rimpiazzamento.

Cessate le funzioni, servigj o missioni, se il nuovo tutore reclama la sua liberazione, o pure se il primo tutore ridomanda la tutela, potrà essergli nuovamente conferita dal Consiglio di famiglia.

354. Ogni cittadino non parente nè affine non potrà essere astretto ad accettar la tutela deferita dal Consiglio di famiglia, se non nel caso in cui nella distanza di venti miglia non esistessero parenti o affini meritevoli, ed in grado di amministrarla.

355. Qualunque persona in età di anni sessantacinque compiti può ricu-

---

(1) Non avendo l'art. fatto lo stesso divieto al tutore surrogato ed al giudice di circondario incaricati dall'art. 369 a domandare la rimozione del tutore infedele, possono dar voto per la rimozione del tutore. Vedi la nota precedente.

(2) Egli è un principio di antico dritto che la tutela è una carica pubblica, *munus publicum* (*princ. inst. de excusat. tut. vel cur.*; l. 114, ff. de V.S.), che generalmente non si può rifiutare di accettarla e di disimpegnarne le funzioni. Vi sono però de' casi in cui l' interesse generale e delle circostanze particolari debbono autorizzare delle eccezioni, le quali sono in questa sezione contenute.

Il silenzio del codice sulle scuse ammesse dall'antico dritto e qui non ripetute, è una pruova di essere stato nel suo spirito di rigettarle. Merlin rep. v. *tutele*, sez. 4, §. 3, art. 10.

(3) Con decreto del Re.

sare di essere tutore. Colui che sarà stato nominato prima di tale età, potrà, giunto a' settant' anni, farsi liberare dalla tutela (1).

356. Qualunque persona assalita da una infermità grave e debitamente giustificata, è dispensata dalla tutela (2).

Potrà anche ottenere di esserne liberata, se ha contratto la infermità dopo la sua nomina.

357. Due tutele sono per chiunque un giusto motivo di dispensa dall'accettarne una terza. Un conjugato o un padre già incaricato di una tutela, non sarà tenuto ad accettarne una seconda, eccetto quella de' suoi figli.

358. Coloro che hanno cinque figli legittimi (3), sono dispensati da ogni tutela, a riserva di quella de' proprj figli.

I figli morti in attività di servizio nelle armate del Re saranno sempre computati per dar luogo alla dispensa (4).

Gli altri figli morti non faranno numero, se non quando abbiano lasciato figli tuttora viventi.

359. La sopravvegnenza de' figli durante la tutela non potrà autorizzare ad abdicarla.

360. Se il tutore nominato si trova presente alla deliberazione che gli deferisce la tutela, dovrà immediatamente, e sotto pena d' inammessibilità di ogni suo richiamo ulteriore, proporre i motivi che può avere di scusa, sopra i quali il consiglio di famiglia delibererà.

361. Se il tutore nominato non ha assistito alla deliberazione che gli ha deferito la tutela, potrà far convocare il Consiglio di famiglia, affinchè deliberi sopra i suoi motivi di scusa.

Le sue parti su tale oggetto dovranno aver luogo nel termine di tre giorni da correre dalla notificazione della sua nomina; il qual termine sarà accresciuto di un giorno per ogni quindici miglia di distanza dal luogo del suo domicilio a quello della tutela: trascorso questo termine, non sarà più ammessa la domanda.

362. Se le sue scuse sono rigettate, potrà ricorrere a' tribunali per farle ammettere: ma durante la lite, sarà tenuto ad amministrare provvisionalmente. Vedi l'art. 339.

363. Se ottiene di essere dispensato dalla tutela, coloro che hanno rigettato la scusa, potranno essere condannati alle spese del giudizio; e se succumbe, vi sarà condannato egli stesso. La sentenza è appellabile: art. 966 p. c.

---

(1) Ma il tutore che avendo 65 anni compiti al momento della sua nomina accetta la tutela senza presentar questa scusa, non può farsene liberare neanche a 70 anni.

(2) Inst. § 7, *de excusat.*, *l. unic.* cod. *qui morbo se excusant.*

(3) Nati, poichè un padre che abbia quattro figli viventi e la cui moglie sia incinta, non può scusarsi dalla tutela che gli si deferisce, l. 2, §. 6, ff. *de excusationibus tut.*, stantechè il figlio conceputo non si reputa nato, se non quando trattasi de' suoi vantaggi.

(4) Prin. Inst. *de excus.*, l. ult. ff. *de vacat. num.*

SEZIONE VII.

Delle cause di esclusione e di rimozione dalla tutela.

364. Non possono essere tutori se non de' proprj figli e discendenti,

1.° { i Consiglieri di Stato,
i Segretarj di Stato Ministri,
i Segretarj di Stato;

2.° i capi di Corte;

3.° i Reggenti e consiglieri del supremo Consiglio di Cancelleria (1);

4.° i componenti della suprema Corte di giustizia;

5.° i direttori generali;

6.° i componenti delle gran Corti civili;

7.° gl' Intendenti;

8.° i componenti delle gran Corti criminali e tribunali civili.

Vedi l'art. 368. — 365. Non possono essere tutori nè membri de' Consigli di famiglia

Art. 294 e 316. — 1.° i minori, eccettuati il padre o la madre;

Art. 412 e 414. — 2.° gl' interdetti;

Art. 316 e 329. — 3.° le donne, a riserva della madre e delle ascendenti;

4.° tutti quelli che hanno, o de' quali il padre o la madre avesse col minore una lite in cui fossero compromessi lo stato, o le sostanze, o una parte considerevole de' beni dello stesso minore (2).

V. gli art. 16, 17 e 27 leg. pen. — 366. La condanna ad una pena afflittiva o infamante opera *ipso jure* l' esclusione dalla tutela, ed egualmente produce la rimozione nel caso in cui si tratti di una tutela già conferita.

Due altri casi di rimozione sono indicate negli art 343 ll. cc., e 223 p. c. — 367. Sono parimente esclusi dalla tutela, ed anche rimovibili, quando ne sieno in esercizio,

1.° le persone di conosciuta cattiva condotta;

2.° quelle la cui amministrazione provasse la loro incapacità o infedeltà.

368. Qualunque individuo che sarà stato escluso o rimosso da una tutela, non potrà essere membro di un Consiglio di famiglia (3).

369. Quando si farà luogo alla rimozione del tutore, sarà questa pronun-

---

(1) Il decreto de' 20 settembre 1824 prescrive che i membri della consulta generale del regno non possono essere tutori che de' proprl figli e discendenti.

(2) Il dritto romano ammetteva le liti rilevanti tra il tutore ed il pupillo come mezzo di scusa ed anche di esclusione; §. 4. *Inst.*; *l. 6*, §. *18.*, *l. 20 e 21.*; *l. 16. cod. de escusationibus.* Pel nostro art. le liti rilevanti contro il minore possono servire di motivo di esclusione dalla tutela, ma non possono giammai formare per lui un motivo di scusa.

(3) Questo art. che si applica anche a'tutori legittimi (Berlier in Locré 3, p. 413, n. 10) chiaramente indica le cause per le quali non si può sedere ad un consiglio di famiglia. Desse sono limitative ed i tribunali non possono estenderne le disposizioni. Per il che non potrebbe un tribunale escludere un membro del consiglio di famiglia sul fondamento che sia di notoria cattiva condotta, o che abbia fatto cose che sieno contrarie agl' interessi del minore; perciocchè dall' art. 367, la notoria cattiva condotta o infedeltà sono state dichiarate cause di esclusione o di rimozione dalla tutela, e questa disposizione non essendo stata ripetuta dall' art. 368, a riguardo de' membri del consiglio di famiglia, *qui dicit de uno, negat de altero.* Quando adunque trattasi di un membro del consiglio di famiglia, i tribunali possono esaminare se sia precedentemente incorso nella esclusione o rimozione della tutela, ed il loro potere è limitato alla verificazione di questo fatto. La facoltà di giudicare i membri del consiglio di famiglia tenderebbe a suscitar accuse e seminar discordia tra i parenti. Decisione della cass. di Parigi dopo un *consultis classibus*, de' 13 ottobre 1807 nel repert. di Merlin, v. *Tutele*, sez. 2, §. 3, art. 3. Toullier t. 2, n. 1167 e 1171.

ciata dal Consiglio di famiglia convocato ad istanza del tutore surrogato (1), o di ufizio dal giudice di circondario.

Questi non potrà dispensarsi dall' ordinare tale convocazione, quando gli sarà formalmente richiesta da qualche congiunto o affine.

370. Qualunque deliberazione del Consiglio di famiglia, che pronuncierà l' esclusione o la destituzione del tutore, ne esprimerà i motivi; e non potrà esser presa, se non sentito o citato il tutore.

La deliberazione dev' essere notificata al tutore se non è presente: art. 840 leg. civ. e 959 p. c.

371. Se il tutore aderisce alla deliberazione, ne sarà fatta menzione, ed il nuovo tutore assumerà immantinente le sue funzioni.

Se reclama, il tutor surrogato dimanderà la omologazione della liberazione innanzi al tribunale civile, il quale deciderà, salva l'appellazione (2).

Contro chi deve il tutore reclamante spiegare l' azione, vedi l'art. 960 p. c.

Il tutore escluso o rimosso può egli stesso in questi casi chiamare in giudizio il tutor surrogato, per ottenere la dichiarazione di essere mantenuto nella tutela.

372. I parenti o affini che avranno domandato la convocazione, potranno intervenire nella causa che verrà instrutta e giudicata come affare di urgenza.

Vedi l' art. 961 p. c.

SEZIONE VIII.

Dell' amministrazione del tutore (3).

373. Il tutore avrà cura della persona del minore, e lo rappresenterà in tutti gli atti civili (4).

Amministrerà i di lui beni da buon padre di famiglia, e sarà risponsabile di ogni danno ed interesse che potesse risultare da una cattiva amministrazione (5).

Deve render conto, art. 392.

Non potrà comprare i beni del minore, nè potrà prenderli in affitto, salvo che il Consiglio di famiglia abbia autorizzato il tutor surrogato a farglie-

V. l'art. 1441. V. gli art. 1564 e 1400.

---

(1) Vedi la nota 1, pag. 106.

(2) E coloro i quali sono stati del parere della deliberazione possono essere condannati alle spese nel caso che la deliberazione sia riformata; art. 363.

(3) L'amministrazione del tutore comprende la cura della persona e de' beni del minore. Egli è il legittimo rappresentante e mandatario legale del minore, e gli atti fatti con lui ànno la stessa forza che se fossero stati fatti dal minore divenuto maggiore. Da ciò la massima: *tutor domini loco habetur;* l. 27 ff. *de adm. et peric. tut.* Per gli atti ch' eccedono le facoltà del tutore, vedi la nota 3, pag. 100 e 101.

Quanto si dice in questa sezione s'intende degli atti fatti con un tutore legalmente nominato. Gli atti passati con un falso tutore a nome del pupillo, di cui ha illegalmente amministrato i beni, sono nulli. S'intende per falso tutore colui che, non essendo tutore, si qualifica per tale; l. 1, ff. *quod falso tutore auct. gest. esse dic.*

(4) L'autorità del padre e della madre sulla persona del figlio è indicata nel titolo della patria potestà. L'autorità degli altri tutori è meno estesa, e dal complesso degli art. 373 e 391 si può ridurre a tre oggetti: 1.° aver cura della persona del minore; 2.° domandare nel caso di bisogno l'esercizio del dritto di correzione; 3.° rappresentare il minore negli atti della vita civile, meno nel matrimonio e nella testimonianza.

La cura della persona riguarda il mantenimento e l' educazione, le quali cose per dritto romano erano sottoposte alla decisione del magistrato: Einnecio *pand.* sul tit. *ubi pupillus educari vel morari debet.* Che se il codice non contiene una disposizione particolare sulla educazione del minore, non debbe dedursene che il tutore abbia il dritto di regolarla da se solo; che anzi per argomento dell'art. 377 si può decidere che spetta al consiglio di famiglia di deliberare sul luogo in cui il minore debba allevarsi, e sull' educazione che convenga dargli. Toullier t. 2, n. 1183.

(5) Non che potrà esser rimosso, art. 367 ll. cc., e 223. p. c.

ne l' affitto; nè potrà accettare (1) la cessione di alcuna ragione o credito (2) contra del suo pupillo.

Per le formalità dell' inventario v. gli art.1017 e seg. p. c., e dec. de' 29 dic. 1828.

374. Ne' dieci giorni che seguiranno quello della sua nomina da esso debitamente conosciuta, farà istanza acciocchè vengano tolti i suggelli nel caso in cui fossero stati apposti, e farà immediatamente procedere all' inventario (3) de' beni del minore in presenza del tutor surrogato (4). Se a lui è dovuta qualche cosa dal minore, dovrà farne la dichiarazione nell' inventario, sotto pena della perdita delle sue ragioni; e tal dichiarazione si farà sulla richiesta che il pubblico ufiziale sarà tenuto di fare allo stesso tutore, e di cui sarà fatta menzione nel processo verbale (5).

Se il tutore non fa vendere i mobili, gli si applica l' art. 723.
In quanto agli immobili, ved. gli art. 380 e 381.

375. Nel mese che seguirà il compimento dello inventario, il tutore in presenza del surrogato farà vendere, col mezzo di atti d' incanto da riceversi da un ufiziale pubblico, e prevj gli affissi, o sieno pubblicazioni (6), delle quali farà menzione nel processo verbale della vendita, tutti i mobili (7), ad eccezione di quelli che dal Consiglio di famiglia sarà stato autorizzato a poter conservare in ispecie.

376. Il padre e la madre, sino a che hanno il proprio e legale usufrutto de' beni del minore, sono dispensati dall' obbligo di vendere que' mobili di cui sono usufruttuarj (8), se prescelgono di conservarli per poscia restituirli

---

(1) Ancorchè autorizzato dal consiglio di famiglia. Delvincourt lib. 1, tit. X, nota 146.

(2) Tranne il caso dell'art. 1547, e meno che si trattasse di una surrogazione legale giusta l' art. 1204. Delvincourt ibid.

(3) Il tutore deve cominciare la sua amministrazione dall' inventario (l. 7. ff. *de adm. et peric. tut.*), e prima della sua formazione non può far altro che atti che non ammettono differrimento: tali sarebbero gli atti conservatori, e per interrompere quelle prescrizioni e perenzioni che giusta gli art. 2184 ll. cc., e 491 p. c. corrono contro i minori—La mancanza dell' inventario, può far rimuovere il tutore, e renderlo risponsabile de' danni interessi (l. 3, §. 16 ff. *de suspect. tut.*, l. 13, §. 1, cod. *arb. tut.*, art. 367 e 373) i quali saranno valutati dal minore divenuto maggiore col giuramento *in litem*, se è impossibile di valutare altrimenti il valore de' beni; l. 7, ff. *de adm. et peric. tut.*; l. 14, *de in litem jurejurando;* art. 1323.

La legge 13, §. 1. C. *arbitrium tutelae*, permette al testatore di dispensare il tutore dal fare l' inventario. Maleville su questo art. crede che questa decisione non può seguirsi, perchè l' art. non dispensa in nessun caso dal fare l' inventario; ma Toullier fa una giudiziosa distinzione. Se il testatore può donare tutto il suo asse, può con più di ragione dare al tutore l' amministrazione sulla sua buona fede: *qui potest majus, potest et minus*. Se poi il testatore è tenuto ad una riserva legale, l' inventario è indispensabile per conoscere se abbia o no ecceduto questa quota. Toullier t. 2, n. 1198. Delvincourt lib. 1, tit. X, nota 130.

(4) Il quale è solidalmente tenuto col genitore superstite a' danni, se non abbia curato di far estendere a costui l' inventario, art. 1406. Questa risponsabilità non si estende al caso in cui il tutore surrogato non abbia costretto gli altri tutori a fare l' inventario, benchè vi sia parità di ragione nel decidere. Toullier t. 2, n. 1196.

(5) Il tutore non incorre nella pena della perdita delle sue ragioni, se il notajo obliasse di fare tale domanda. Osservazioni del tribunato, e rapporto di Huget in Locré 3, p. 408, n. 16, e p. 423, n. 25. Toullier t. 2, n. 1194.

(6) Il codice non à disposto che si osservassero per la vendita de' mobili le formalità prescritte per la vendita de' mobili pegnorati. Che se l' art. 1021 p. c. prescrive queste formalità, le à limitate al caso dell' art. 745 leg. civ. relative alla vendita de' mobili di un' eredità, val dire quando vi fossero creditori pignoranti o opponenti, o ne giudicasso necessaria la vendita, la maggior parte degli eredi. Toullier t. 2, n. 1200. *Contr.* Delvincourt lib. 1, tit. X, cap. 2, sez. 7, §. 1.

(7) Per le alienazioni delle partite inscritte sul Gran Libro, il decreto de' 23 marzo 1833 prescrive che le partite di una rendita infra i duc. 20 si possono alienare dal solo tutore: per l' alienazione delle partite che eccedono questa rendita si debbono osservare le formalità prescritte dagli art. 380 e 381 per l' alienazione degl' immobili.

(8) Le parole *di cui sono usufruttuari*, aggiunte da questo art. al corrispondente art. 453 del codice francese, spiegano che il padre e la madre non sono dispensati dal-

in ispecie. In questo caso da un perito che verrà nominato dal tutor surrogato, e che presterà giuramento avanti al giudice di circondario, faranno eseguire a loro spese una stima a giusto valore (1). Restituiranno il prezzo stimato di que' mobili che non potranno esibire in ispecie.

377. Al momento in cui s' incomincerà l'esercizio di qualunque tutela, ad eccezione di quella del padre, il Consiglio di famiglia stabilirà con calcolo prudenziale e secondo l' importare de' beni amministrati, la somma cui potrà ascendere la spesa annua del minore, del pari che quella dell' amministrazione de' beni suoi (2).

Lo stesso atto specificherà se il tutore sarà autorizzato a farsi coadiuvare nella sua amministrazione da uno o più amministratori particolari stipendiati, e che amministrino sotto la sua responsabilità.

378. Il Consiglio determinerà positivamente la somma da cui comincerà l'obbligo nel tutore d'impiegargli avanzi delle rendite, dedotte le spese. Questo impiego dovrà esser fatto nello spazio di sei mesi; passati i quali senza che lo abbia effettuato, saranno a carico del tutore gl' interessi (3).

379. Se il tutore non ha fatto determinare dal Consiglio di famiglia la somma da cui dovrà incominciare l' obbligo dell' impiego, sarà tenuto, scorso il termine espresso nel precedente articolo, agl' interessi di qualunque somma non impiegata, comunque piccola essa sia (4).

---

l'obbligo di vendere i mobili di cui non ànno l'usufrutto a' termini degli art. 300, 301, 653, 1046 ll. cc., e 332 leg. pen.

(1) E senza esorbitanza. E' oggi un principio generale di legge, che i mobili debbono essere stimati a giusto prezzo, e senza darsi luogo ad aumento: art. 376, 744 e 787.

(2) Se il tutore spende più di quello che il consiglio di famiglia à fissato, potrebbe l'eccedenza essergli imputata. Del pari se non cura di fare stabilire dal consiglio le spese, potrebbero gli esiti che porta nel conto venire ridotti, avuto riguardo alle rendite ed alla condizione del minore. Toullier t. 2, n. 1210.

Se il minore non avesse beni, il tutore non sarebbe nell'obbligo di nutrirlo, l. 3, §. ult. ff. *ubi pupillus educari debet*, e Maleville su questo art. Ma se il tutore fosse un ascendente avrebbe quest'obligo per effetto dell'art. 193.

(3) Gl' interessi del danaro pupillare che si aggregano in ogni anno a' capitali, dedotte le spese, diventano anche capitali per produrre nuovi interessi; l. 7, §. 12, e l. 58 §. ult. ff. *de adm. et perit. tut.* Lo stesso dicasi degl' interessi dovuti dal tutore, quali interessi convertendosi in capitali, fanno parte delle rendite ch' eccedono le spese, e che debbono essere impiegate. Il tutore dunque deve gl'interessi in mancanza d' impiego. Maleville sull'art. 379. Toullier t. 2, n. 1217.

La legge tace sulla responsabilità dell'impiego fatto dal tutore; ma non debbe da ciò dedursi che abbia la facoltà d' impiegare le somme a capriccio. Se il tutore avesse dato a mutuo, senza esigere fidejussione solvibile o sufficiente ipoteca, si esporrebbe al pericolo di garentire secondo le circostanze; l. 7, §. 2, l. 50 e 57 ff. *de adm. et peric. tut.*

(4) Questo art. ed il precedente che concedono sei mesi al tutore di tenere presso di se un capitale senza interessi, non si applicano che al caso in cui il tutore non ne abbia fatto l' impiego. Ma questo termine non dev'essere concesso a'tutori, i quali avessero impiegato per loro uso il danaro del pupillo, e la presunzione di quest' uso à luogo quando non à impiegato il danaro fra i sei mesi, o non abbia procurato una deliberazione del consiglio di famiglia che lo autorizzi a tenerlo presso di se, senza interessi; l. 6, §. 11, ff. *de adm. et peric. tut.* Maleville su questo art. Toullier t. 2, n. 1215; e Delvincourt l. 1, tit. X, nota 149.

I terzi i quali restituiscono i capitali scaduti al tutore, a rigore parlando, non sono risponsabili dell'impiego che dovrebbe farne il tutore, mentre fra gli atti che per gli art. 373, 380, 384, 386, 387, 388, 390, 1441 (V. inoltre la nota 3, pag. 100 e 101) eccedono la facoltà del tutore, non vi è quello di ricevere i capitali scaduti; ma l'uso dettato dalla prudenza mostra che i terzi depositano il danaro col vincolo di non liberarsi che dietro sentenza del tribunale, per un nuovo impiego.

V. l'art. 2012.

380. Il tutore, quando anche sia il padre o la madre, non può prender danaro a prestito per lo minore, nè alienare o ipotecare i suoi beni immobili, senza l'autorizzazione di un Consiglio di famiglia.

Osservate le formalità nelle alienazioni, sono queste irrevocabili: art. 1268.

Questa autorizzazione non dovrà essere accordata, fuorchè per causa di assoluta necessità o di evidente vantaggio.

Nel primo caso il Consiglio di famiglia non accorderà la sua autorizzazione, se non dopo che da un conto sommario presentato dal tutore sarà stata comprovata l'insufficienza de' danari, mobili e rendite del minore.

Il Consiglio di famiglia, in qualunque caso, indicherà gli stabili che dovranno in preferenza esser venduti, e tutte le condizioni che giudicherà vantaggiose.

Vedi l'art. 1031 p. c.

381. Le deliberazioni del Consiglio di famiglia relative a quest'oggetto non avranno esecuzione, se non dopo che il tutore ne avrà chiesta ed ottenuta l'omologazione dal tribunale civile, il quale deciderà nella camera del consiglio, sentito il procuratore regio.

V. gli art. 1033 a 1041 p. c.

382. La vendita si farà in presenza del tutor surrogato all'asta pubblica, i cui atti saranno ricevuti da un giudice del tribunale civile, o da un notajo a ciò deputato, e dopo tre avvisi da affiggersi a'luoghi soliti del circondario in tre domeniche consecutive.

Ciascuno di questi avvisi sarà approvato e sottoscritto dal sindaco del comune in cui sarà stato affisso.

V. gli art. 2107, 2108 ll. cc., e 1030 proc. c.

383. Le formalità richieste negli articoli 380 e 381 per l'alienazione de' beni del minore non hanno luogo nelle vendite giudiziarie che si fanno ad istanza de' creditori; nè si applicano al caso in cui una sentenza avesse ordinato l'incanto in conseguenza di una domanda di un condomino indiviso.

V. l'art. 758.

Solamente in questo caso l'incanto non potrà farsi se non nella forma prescritta dall'articolo precedente: gli estranei vi saranno necessariamente ammessi.

V. gli art. 693 e 701.

384. Il tutore non potrà accettare nè ripudiare una eredità devoluta al minore, se non previa l'autorizzazione del Consiglio di famiglia (1).

L'accettazione non avrà luogo altrimenti che col beneficio dell'inventario.

385. Nel caso in cui la eredità ripudiata in nome del minore non fosse stata accettata da altri, saranno riammessi ad accettarla tanto il tutore a ciò autorizzato da una nuova deliberazione del Consiglio di famiglia, quanto il minore divenuto maggiore; nello stato però in cui si troverà al tempo dell'accettazione, e senza che si possano impugnare le vendite e gli altri atti che si fossero legalmente fatti nel tempo in cui era vacante.

V. l'art. 707.

V. gli art. 859 e 866.

386. La donazione fatta al minore non potrà accettarsi dal tutore se non che coll'autorizzazione del Consiglio di famiglia.

Essa produrrà, riguardo al minore, lo stesso effetto che produce riguardo al maggiore.

---

(1) Questo art. e nessun altro del codice spiegano se la deliberazione del consiglio di famiglia su quest'oggetto debb'essere omologata. Delvincourt tit. X, nota 154 opina che la deliberazione dev'essere omologata tanto se autorizzi ad accettare, che a rifiutare; e Duranton t. 3, n. 577 pensa di no. A noi sembra che conviene distinguere la deliberazione di accettazione da quella di rifiuto. Nel primo caso non è necessaria l'omologazione, perchè il beneficio dell'inventario esenta il minore dalle conseguenze funeste di una eredità oberata di debiti. Ma nel caso di rifiuto la deliberazione dev'essere omologata, perciocchè a prescindere che il rifiuto è una vera alienazione di eredità, e per l'art. 381 le deliberazioni relative ad alienazioni debbono essere omologate, presso di noi è altresì da osservarsi che l'art. 292 prescrive che il padre non può rifiutare l'eredità devoluta al figlio, che con approvazione del tribunale. A più forte ragione adunque la omologazione è necessaria quando la eredità viene ripudiata dal consiglio di famiglia.

387. Nessun tutore senza l'autorizzazione (1) del Consiglio di famiglia potrà intentare in giudizio un' azione relativa a' diritti del minore sopra beni stabili (2), nè aderire ad una domanda relativa a' medesimi diritti.

Compete al minore mal difeso la ritrattazione: art. 545 e 548 p. c.

388. La stessa autorizzazione sarà necessaria al tutore per dimandare una divisione. Egli potrà però senza tale autorizzazione rispondere ad una domanda di divisione diretta contro il minore.

V. gli art. 736 e 759.

389. Affinchè la divisione produca, riguardo al minore, gli stessi effetti che produrrebbe riguardo a' maggiori, la divisione dovrà essere giudiziale e preceduta da una stima fatta da periti nominati dal tribunale civile del luogo ove sarà aperta la successione.

I periti, dopo aver prestato il giuramento avanti al presidente del tribunale, o avanti al giudice da lui delegato, di bene e fedelmente adempire alla loro commessione, procederanno alla divisione de' beni ereditarj ed alla formazione delle porzioni che verranno estratte a sorte in presenza o di un giudice del tribunale, o di un notajo dal tribunale deputato, il quale ne farà la distribuzione (3).

Qualunque altra divisione sarà considerata come provvisionale.

V. l'art. 759.

390. Il tutore non potrà transigere in nome del minore, se prima non sia stato autorizzato dal Consiglio di famiglia e dal parere di tre giureconsulti indicati dal procurator regio presso il tribunale civile.

V. l'art. 1917.

La transazione non sarà valida, se non quando sarà stata omologata dal tribunale civile, sentito il procurator regio (4).

391. Il tutore che avrà gravi motivi di disgusto sulla condotta del minore, potrà esporre le sue doglienze al Consiglio di famiglia; e quando sia autorizzato da questo, potrà dimandar la reclusione del minore, in conformità del prescritto a questo proposito nel titolo *della patria potestà*.

L' autorizzazione non dev' esser richiesta ove sia tutore il padre, o la madre non rimaritata: art. 304, 307 e 308.

SEZIONE IX.

De' conti della tutela (5).

392. Qualunque tutore (6), finita la tutela, è tenuto a render conto della sua amministrazione (7).

La competenza e le forme pel rendimento del conto, quante volte si renda giudiziariamente, sono indicate negli art. 610, 611 e seg. p. c.

---

(1) La mancanza di quest'autorizzazione non può essere opposta al minore, ad oggetto di annullare una sentenza renduta in suo vantaggio, poichè l'art. avendo disposto nell'interesse de' minori non può essere invocato in loro pregiudizio: arg. dell'art. 1079; decisione della Cass. di Parigi degli 11 dicembre 1810 nel repertorio di Merlin, v. *tutele*, sez. 5, §. 2, nota.

(2) Ma lo può per i mobili, ed il tutore può essere condannato personalmente alle spese, se à sostenuto una cattiva causa in nome del minore, *si rati litiganti non fuit*, dice la l. 78, §. 2, ff. *de leg.*, l. 6, cod. *de adm. tut.*, e Gotofredo su questa legge: art. 223. p. c.

(3) La disposizione di questo secondo comma dell'art. è stata cangiata dagli art. 743 e seg. leg. civ., e 1055 p. c. che dispongono specialmente sul modo di divisione rispetto a' minori.

(4) Per le controversie nelle quali sono interessati minori non si può fare un compromesso, poichè l'art. 1070 p. c. vieta di compromettere sulle controversie nelle quali è interessato il pubblico ministero, e per l'art. 177, n. 6. p. c. il pubblico ministero è sempre interessato nelle cause de' minori.

(5) La reddizione del conto, la sua liquidazione, ed il pagamento della somma residuale sono tre cose a distinguersi. Toullier t. 5, n. 65.

(6) L'art. non esclude il padre e la madre. Junge l'art. 293.

(7) Debbono render conto non solo il tutore, ma anche tutti coloro che ànno ammini-

393. Ogni tutore (1) può essere obbligato, anche durante la tutela, a rimettere al tutor surrogato gli stati di sua amministrazione nell' epoche che il Consiglio di famiglia avrà stimato opportuno di fissare, senza però che si possa costringere a dare più di uno stato per anno.

Questi stati saranno stesi e rimessi senza spesa su carta non bollata, e senza alcuna formalità di giudizio.

394. Il conto diffinitivo della tutela si renderà a spese del minore, allorchè sarà giunto alla maggiore età, o avrà ottenuto l' emancipazione (2). Le spese si anticiperanno dal tutore.

Vedi l'art. 403.

Si ammetteranno in favore del tutore tutte le spese a sufficienza giustificare (3), il cui oggetto si riconosca vantaggioso (4).

395. Qualunque convenzione (5) che potesse seguire fra il tutore ed il minore divenuto maggiore, sarà nulla, se non sarà stata preceduta da un circostanziato rendimento de' conti e dalla consegna de' documenti giustificativi, e tutto comprovato da una ricevuta dell' incaricato dell' esame del conto, dieci giorni almeno prima della convenzione.

Vedi l'art. 823.

---

strato provvisionalmente i beni del minore. Questa obbligazione è quindi imposta: 1.° alla madre che non accetta la tutela naturale, ma che deve amministrare fino alla nomina di un altro tutore; art. 316; 2.° alla madre rimaritata ed al nuovo marito, per tutto quel tempo in cui à ella indubitatamente esercitato la tutela, art. 317; 3.° al tutore, le cui scuse rigettate dal consiglio di famiglia, sono state ammesse dal Tribunale, ed il quale deve durante la lite amministrare provvisoriamente, art. 362; 4.° al curatore dato al ventre, che deve amministrare i beni durante il parto della donna, art. 315; 5.° agli eredi del tutore che sono garanti dell'amministrazione del loro autore, e tenuti a continuarla, fino alla nomina di un nuovo tutore; art. 341; 6.° al protutore che amministra fuori regno i beni del minore, art. 338.

(1) L'art. corrispondente 470 del codice francese faceva un'eccezione in favore del padre e della madre.

(2) Se la tutela finisce colla morte del minore, il conto si rende a'suoi eredi: si rende al nuovo tutore se finisce colla morte o rimozione del tutore. Nel caso però della rimozione si dove rendere il conto in presenza del tutore surrogato, affinchè vi sia un legittimo contraddittore: argomento degli art. 374, 375 e 382. Toullier t. 2, n. 1246. Delvincourt tit. X, nota 182.

(3) Vi à qualche spesa che non si può giustificare con documenti, e che si approva sull' affermazione di chi rende il conto. Ecco perchè si è introdotta la formola dell'affermazione giurata sulla verità del conto, prescritta coll'art. 617 p. c. Tal è pure la ragione per cui il Consiglio rigettò la proposizione di non bonificare al tutore che le spese giustificate con documenti. L'art. si limita a dire *a sufficienza giustificate*, senza esigere il genere di pruova. Toullier t. 2, n. 1260.

È da notarsi che se il conto viene renduto dal padre e dalla madre che aveano l'usufrutto legale de' beni del minore, non debbono nel conto portare le spese che per l'art. 299 sono un peso di questo usufrutto.

(4) Per giudicare della utilità di una spesa bisogna riportarsi all'epoca in cui fu fatta, indipendentemente dagli eventi posteriori; l. 3, §. 7, ff. *de contr. tut. et util. act.*

(5) Sono da notarsi le prime parole di questo art. *qualunque convenzione*. La loro generalità non deve però essere intesa che secondo il soggetto e la materia di cui si occupa il legislatore, *secundum subiectam materiam*. Or la disposizione presente è situata sotto la rubrica *de' conti della tutela*, e perciò le parole *qualunque convenzione* debbono essere intese per le convenzioni che abbiano per oggetto la tutela, la gestione del tutore, e che avrebbero per risultato di dispensare quest' ultimo sia direttamente, sia indirettamente dal rendere il conto integrale. Maleville su questo art. Delvincourt lib. 1, tit. X, nota 193, e Duranton t. 3, n. 637 e 638. Si è in conseguenza deciso dalla Cass. di Parigi a'22 maggio 1822 che non può dichiararsi nulla la vendita di un immobile che il minore divenuto maggiore avesse fatto al suo tutore prima della reddizione del conto, perchè questa vendita non presenta alcuna supposizione di simulazione o di donazione procurata—La nullità della convenzione, senza osservare le formalità prescritte da questo art. è coverta con la prescrizione di 10 anni, giusta l'art. 398.

396. Se il conto dà luogo a contese, saranno queste promosse e giudicate come le altre in materia civile (1). V. gli art. 610 e seg. p. c.

397. La somma a cui ammonterà il residuo del debito del tutore, produrrà interesse dal giorno della ultimazione del conto, senza che occorra di farne la domanda. Ecc. all'art. 1107. V. gli art. 1222, 1935 n. 4, 2007, 2021, 2033.

Gl' interessi della somma che dal minore fosse dovuta al tutore, non decorreranno se non dal giorno della domanda giudiziale per lo pagamento, fatta dopo l' ultimazione del conto.

398. Qualunque azione del minore contro il tutore, relativa alla tutela, si prescrive in dieci anni computabili dal tempo della maggior età (2).

CAPITOLO III.

Della emancipazione de' minori (3).

399. Il minore è *ipso jure* emancipato col matrimonio. V. l' art. 288.

400. Il minore, ancorchè non maritato, potrà essere emancipato dal padre, o in mancanza di questo, dalla madre, quando avrà compiuta l' età di anni quindici.

---

(1) Ed in conseguenza le spese per la procedura e pel giudizio diffinitivo vanno a carico della parte che succombe, giusta l'art. 222 p. c.

(2) La prescrizione decennale à luogo contro l'azione pel rendimento del conto e contro le azioni relative a'fatti della tutela, come sono quelle che ànno per oggetto di rendere il tutore risponsabile dell'amministrazione. Ma se le azioni relative a'fatti della tutela si sono sperimentate, ed il tutore si è dichiarato debitore di una somma, il debito che ne risulta si prescrive coll' elasso di 30 anni, poichè il dritto di chiedere il pagamento di questo debito non è un fatto relativo alla tutela, ma un dritto che risulta dall'appuramento del conto. Toullier t. 2, n. 1276—Del pari il minore à 30 anni per revindicare dalle mani del tutore un immobile, poichè quest'azione non è relativa al rendimento del conto ed alla amministrazione per la quale soltanto la legge à voluto stabilire una prescrizione anomala. Vazeille n. 143, e Troplong *de la prescription*, n. 488.

Si è dubitato se l'azione del tutore contro il minore si prescriva del pari con dieci anni. Si è detto di sì, perchè vi è la medesima ragione a decidere, da Toullier t. 2, n. 1279; Vazeille *de prescriptions*, n. 536; Proudhon e Delvincourt lib. 1, tit. X, nota 194. Questa proposizione è contrastata da Duranton, il quale opina che la prescrizione decennale, introdotta in favore del tutore non può essergli opposta. Questa decisione, egli aggiunge, è ancora meno suscettibile di difficoltà per i crediti particolari del tutore, soprattutto se non aveva all'epoca della loro esigibilità dei fondi, perchè la compensazione avesse potuto effettuarsi: che perciò i crediti estranei alla gestione, non fanno parte dell'azione contraria di tutela, ed all'uopo invoca la legge 1. §. 5, ff. *de contr. tut. et util. act.*

Ma le esposte opinioni possono conciliarsi con una distinzione. Se l'azione del tutore riguarda fatti relativi all'amministrazione tenuta, ed esiti che dice di aver erogati per la tutela, evidentemente quest' azione è relativa alla tutela, e vi è la stessa ragione per applicare la disposizione dell'art. 398. Se poi l'azione del tutore è un'azione creditoria che deriva da titoli per i quali à fatto la dichiarazione nell'atto dell'inventario a' termini dell'art. 374, o pure il credito deriva dall'appuramento del conto renduto al minore all' epoca in cui è cessata la tutela, il dritto di chiedere questo pagamento non è un fatto relativo alla tutela, e quindi non può prescriversi che coll' elasso di 30 anni.

(3) L'emancipazione è l'atto col quale il minore acquista il dritto di regolarsi da se medesimo, e si rende capace di fare in quanto a'beni: 1.° atti di amministrazione da se solo, ed atti coll'assistenza del curatore, art. 404 e 405; 2.° atti nei quali è necessaria l'autorizzazione del consiglio di famiglia, art. 406 e 407; 3.° vi sono finalmente degli atti che sono interdetti al minor emancipato: tali sono le donazioni, art. 819, fuorchè quelle per contratto di matrimonio, art. 1049, 1263 e 1352; e gli atti di ultima volontà con limitazione, art. 820.

La legge riconosce anche l'emancipazione tacita: art. 288.

Questa emancipazione si effettuerà, mediante la sola dichiarazione del padre o della madre, ricevuta dal giudice di circondario assistito dal di lui cancelliere.

401. Il minore rimasto senza padre e madre, se il Consiglio di famiglia lo giudica capace, potrà essere pure emancipato, ma soltanto dopo che avrà compito gli anni diciotto.

In questo caso l'emancipazione risulterà dall'atto di deliberazione che l'avrà autorizzata, e dalla dichiarazione che il giudice di circondario nella qualità di presidente del Consiglio di famiglia avrà fatto nell'atto stesso, *che il minore è emancipato* (1).

402. Allora quando il tutore non avrà fatto alcuna istanza per l'emancipazione del minore di cui si è parlato nel precedente articolo, e che uno o più parenti o affini di questo minore ne' gradi di cugini o più prossimi, lo stimeranno capace di essere emancipato, potranno questi domandare al giudice di circondario la convocazione del Consiglio di famiglia per deliberare su tale oggetto.

Il giudice di circondario dovrà deferire a questa domanda.

V. l'art. 394.

403. Il conto della tutela sarà renduto al minore emancipato assistito da un curatore che verrà nominato dal Consiglio di famiglia.

V. gli art. 1259 e 1267

404. Il minore emancipato potrà affittare i suoi beni per un tempo non maggiore di anni nove, esigere le sue rendite, farne quietanza, e fare tutti quegli atti i quali non sono che di semplice amministrazione; senza che possa essere restituito in intero contra questi atti in tutti que' casi ne' quali nemmeno il maggiore lo potrebbe essere.

V. l'art. 759.

405. Non potrà instituire un' azione sopra beni stabili (2), nè difendersi contra di essa, nè ricevere capitali, nè farne quietanza, senza l'assistenza del suo curatore, il quale in questo ultimo caso invigilerà per l'impiego del capitale ricevuto (3).

406. Il minore emancipato non potrà prendere a mutuo (4), sotto verun pre-

---

(1) In quanto all'emancipazione degli esposti e de' minori ammessi negli ospizi, il decreto de'7 aprile 1828 prescrive con gli art. 3 e 4, quanto segue: » Le commissioni amministrative eserciteranno, relativamente all'emancipazione de' minori che sono sotto la » loro tutela, gli stessi dritti attribuiti *dalle leggi civili* a' padri ed alle madri. La eman- » cipazione si farà, dietro avviso de' membri della commissione amministrativa, da quello » che tra essi si trova disegnato per tutore, il quale solo sarà tenuto di comparire a tal ef- » fetto innanzi il giudice del circondario: art. 3.

» Qualunque atto relativo alla tutela e all'emancipazione de' minori suddetti, è consi- » derato come un atto amministrativo, ed è esente da ogni formalità o spesa: art. 4. »

(2) Il minore emancipato può istituire un giudizio possessoriale senza l'assistenza del curatore, ma non può istituire un giudizio petitoriale senza quest'assistenza. La ragione si è che il giudizio possessoriale non ammette alcuna dilazione trattandosi di rimettere le cose allo stato pristino; ed è questa la ragione per cui l'azione possessoriale si dice *momentanea*. Perezio sul tit. del Cod. *qui legitimam personam standi in judic. habent*, § 6.

(3) La legge non avendo pronunziato alcuna risponsabilità contro il curatore, la disposizione dell'art. potrebbe spesso divenire illusoria. Del resto questa vigilanza non ha alcun rapporto col debitore che à pagato coll'assistenza del curatore: il debitore resta sciolto da qualunque risponsabilità, quantunque il capitale non sia impiegato. Toullier t. 2, n. 1297.

(4) Il progetto del codice conteneva una disposizione che facoltava il minor emancipato a prendere danaro a mutuo fino alla concorrente quantità della rendita di un anno. Questa proposizione fu rigettata, ed il consiglio ritenne per principio che il minor emancipato giammai può prendere danaro a mutuo senza le formalità stabilite pe' minori non emancipati. Ben vero, osserva Berlier ne' motivi, poichè il minore è chiamato all'amministrazione de' suoi beni, deve avere i mezzi di provvedervi. Avrà in conseguenza la fa-

testo, senza la deliberazione del Consiglio di famiglia omologata dal tribunale civile, e sentito il procuratore regio. V. gli art. 380 e 381.

407. Non potrà parimente alienare (1) in alcun modo i suoi beni immobili, nè fare alcun atto, tranne quelli di pura amministrazione, senza osservare le forme prescritte per lo minore non emancipato (2). V. gli art. 380, 381 e 2012.

Le obbligazioni che egli avesse contratte per effetto di compre o altrimenti, saranno soggette a riduzione nel caso che sieno eccedenti e dannose. I tribunali su questo oggetto prenderanno in considerazione le sostanze del minore, la buona o mala fede delle persone che avranno seco lui contrattato, l' utilità o la inutilità delle spese.

408. Ogni minore emancipato le cui obbligazioni saranno state ridotte in forza del precedente articolo, potrà privarsi (3) del beneficio della emancipazione, la quale verrà a lui tolta colle medesime forme che avranno avuto luogo per conferirgliela. V. gli art: 1259 e 1266.

409. Dal giorno della rivocata emancipazione il minore rientrerà sotto tutela, e vi rimarrà sino alla maggior età compita.

410. Il minore emancipato che esercita un traffico, è considerato maggiore pe' fatti relativi al traffico stesso. V. gli art. 1262 ll. ec., e 6 ll. di eccez.

---

coltà di comprare le cose utili al suo mantenimento; e se contratta delle obbligazioni eccessive il tribunale può ridurle in conformità dell' art. 409. Locré 3, p. 396, n. 9, e p. 415, n. 24.

(1) Dal perchè l'art. non estende la incapacità del minore emancipato alla facoltà *d'ipotecare*, come sta detto nell' art. 380, si è domandato se questa facoltà fosse concessa al minor emancipato. Proudhon à sostenuto la negativa, e Grenier *des hypoteques* n. 37, e Dalloz ibid. cap. 2 sez. 4, art. 1. adottano lo stesso sentimento; ma Toullier t. 2 n. 1298 ammette una distinzione: se la ipoteca è un accessorio di un' obbligazione principale permessa al minore, come sarebbe il caso della sicurtà di una pigione o di una somma che si obbliga di pagare agli operai per rifazioni, tal ipoteca sarebbe valida, perchè non renderebbe deteriore la condizione del minore. Se al contrario si fosse dato ipoteca per sicurtà di un atto che eccede la facoltà del minor emancipato, come sarebbe per sicurezza di un mutuo, in questo caso la sorte dell' ipoteca dipenderebbe dall' atto soggetto a rescissione sì per parte del minore, che de' suoi creditori.

(2) Benchè l' accettazione di una donazione fosse un atto di alienazione, e l'art. 386 esige pel minore non emancipato l' autorizzazione del consiglio di famiglia, pure il minore emancipato può accettare la donazione col semplice consenso del curatore, art. 859.

(3) Meno se la emancipazione è risultata per ministero di legge dal matrimonio, perchè essa è una conseguenza necessaria dello stato di famiglia incompatibile con quello di pupillo. D' altronde l' art. suppone che la sola emancipazione espressa possa esser rivocata, poichè parla delle forme della rivocazione. Toullier t. 2, n. 1313.

TITOLO XI.

DELLA MAGGIORE ETA', DELLA INTERDIZIONE E DEL CONSULENTE GIUDIZIARIO.

CAPITOLO I.

Della maggiore età.

V. gli art. 311, 163, 270, 288 e 295.

411. La maggiore età è stabilita agli anni ventuno compiti. Questa rende capace di tutti gli atti della vita civile, salva la restrizione stabilita ne' titoli *del matrimonio* e *della patria potestà.*

CAPITOLO II.

Della interdizione (1).

L' interdiz. s'incorre di dritto per causa di condanna: art. 15, 16 e 17 ll. pp.

412. Al maggiore (2) il quale trovansi in uno stato abituale d'imbecillità, di demenza o di furore, quando anche un tale stato offerisse de'luci di intervalli, dee interdirsi l' amministrazione de' beni (3).

---

(1) L'interdizione è l'azione di privare dell'amministrazione de'suoi beni ed anche della sua persona. Questa definizione da se sola fa comprendere con qual riserba debbesi provocarla. È la libertà il massimo de'beni, e'l non essere arbitro delle azioni e godere del proprio patrimonio per quanto ad altri piace di accordargliene il godimento, è, al dir di un antico scrittore, vivere in un sepolcro animato, e di trovarsi vergognosamente bandito nel proprio paese. Perciò guardisi il pretore, esclamano le leggi romane, dal mettere qualcuno ne' vincoli della cura con soverchia leggerezza e senza pienissima cognizione di causa.

(2) Sembra risultare da questo art. che l'interdizione non può essere domandata che contro il *maggiore*. Tale non è lo spirito del codice: il progetto primitivo diceva in effetti « che la domanda d'interdizione non può essere ammessa contro i minori non emancipati, » ma solamente contro i minori emancipati ». Questa disposizione fu soppressa sulle osservazioni della corte di cassazione, perchè potrebb'essere necessario di provocare l' interdizione di un minore non emancipato, per isconcertare gli artifizi di coloro che non attenderebbero che il momento della sua maggior età per fargli sottoscrivere degli atti fatti nella minor età. Tal è l'avviso di Delvincourt lib. 1, tit. XI, nota 1. Proudhon t. 2, p. 313, Pigeau proc. civ. t. 2, p. 484. Duranton t. 3, n. 716: Toullier t. 2, n. 1314. Quest'ultimo autore trova negli art. 183 e 184 un forte argomento in favore della sua opinione.

(3) Tre sono le cause dell'interdizione: *imbecillità*, *demenza* e *furore*. Il dritto romano annoverava la *prodigalità* fra le cause d'interdizione; l. 12, § 2, ff. *de tut. et curat.*, e l. 3, ff. e cod. *de curat*. Il codice moderno à trovato eccesso in questa disposizione, e si è contentato di dare un consulente, art. 436, a colui che non essendo privo della ragione è facile ad esser sorpreso ed a profondere i suoi danari. Discorso di Terrible in Locrè 3, pag. 484, num. 2.

L' imbecillità è una debolezza di spirito che senza privare un individuo della sua ragione, gli lascia delle idee infinitamente limitate. Così la Cass. di Francia nel 6 dicembre 1831 decise che debb'essere considerata come imbecillità, una debolezza di spirito che rende un individuo incapace di una volontà libera che gli sia propria, facile ad esser dominato, ed incapace di governar sè stesso.

La *demenza* è la privazione abituale della ragione. Il *furore* è la demenza portata al

413. L'interdizione può dimandarsi dal conjuge (1) e da ogni parente (2). V. l'art. 429.

414. In caso di furore, se l'interdizione non è dimandata nè dal conjuge nè da' parenti, debbe esserlo dal procurator regio, il quale potrà anche dimandarla in caso d'imbecillità o di demenza contra una persona che non avesse nè conjuge nè parente conosciuto (3).

415. Ogni domanda d'interdizione sarà proposta avanti il tribunale (4) civile.

416. I fatti d'imbecillità, di demenza o di furore, saranno articolati in iscritto. Quelli che agiranno per l'interdizione, presanteranno i testimonj e i documenti. V. gli art. 967 e 968 p. c.

417. Il tribunale ordinerà che il Consiglio di famiglia, composto secondo il modo determinato nella sezione IV del capitolo II sotto il titolo *della minore età, della tutela e della emancipazione*, esponga il suo parere intorno allo stato della persona di cui è domandata l'interdizione. V. gli art. 328, 336, 337 ll. cc., e 969 p. c.

418. Chi avrà domandata l'interdizione, non potrà far parte del Consiglio di famiglia: tuttavia il marito o la moglie, ed i figli della persona di cui siasi domandata l'interdizione, potranno esservi ammessi senza che abbiano voce deliberativa (5).

---

più alto grado, agli eccessi, e rende dannosi alla società coloro che ne sono colpiti. Terrible in Locré 3, p. 486, n. 4.

La legge richiede che lo stato d'imbecillità, di demenza e di furore sia *abituale* per dar luogo alla interdizione. Una malattia quindi, una profonda afflizione che sconcertasse momentaneamente la mente, non costituirebbero lo stato abituale. Ma se questo stato dev'essere abituale non è necessario che sia continuo: vi sono de' dementi, de' furiosi che ànno de' lucidi intervalli, durante i quali fanno uso della ragione: questi lucidi intervalli non costituendo il loro stato abituale, essi sono nondimeno nel caso di essere interdetti. Voet *ad pandectas* tit. 10, lib. 27, n. 4. Repert., v. *Interdiction*.

(1) Anche separato di corpo, poichè la separazione non scioglie il matrimonio, ed i figli possono avervi un interesse. Se il conjuge che provoca la interdizione è la moglie, dev'essere autorizzata dal giudice. Merlin rep. v. *autorisation*, Delvincourt l. 1, tit. XI, nota 8, Duranton t. 3, n. 721. *Cont.* decise la corte di appello di Tolosa a' 18 febbrajo 1823, in Dalloz, v. *interdiction*. sez. 1, art. 5.

(2) Gli affini non ànno questo dritto, poichè l'interdizione è un'azione di famiglia, ed è fondata sull'interesse che ciascun parente può avere. Duranton t. 3, n. 717.

Non può la interdizione pronunziarsi sulla domanda della parte che si dichiara demente o imbecille, perciocchè è regola di dritto pubblico che chi gode i suoi dritti, non può rinunziare alla sua capacità. Questa dottrina esposta da Merlin nell'art. *Interdiction* §. 3, fu poscia da lui sostenuta con conclusione accolta dalla Corte di cassazione a' 7 settembre 1808, riferita all'art. *prodigue*, §. 8.

(3) Nel caso di furore è un dovere e non una semplice facoltà del ministero pubblico di provocare l'interdizione, quando il conjuge ed i parenti si tacciano: l'ordine pubblico vi è interessato, e perciò la proposizione del Tribunato (in Locré 3, p. 466, n. 2) di sostituire all'art. la parola *può*, a quella *debbe*, non è stata adottata. Ne' due casi d'imbecillità e di demenza il ministero pubblico non poteva agire, in forza dell'art. in esame, che nel caso in cui l'individuo non avesse avuto conjuge o parenti conosciuti, o costoro si trovassero nella impossibilità di manifestare la loro volontà, poichè si considerò all'epoca della compilazione del codice che non bisognava permettere che agisse in questi casi il ministero pubblico, per sottrarre gli uomini dalle malignazioni, e perchè lo zelo indiscreto di un ministero pubblico non togliesse l'armonia nelle famiglie, e frastornasse gli affari. Discorsi in Locré 3, p. 471, n. 4, p. 477, n. 4. e p. 487, n. 5. —Si noti intanto che il decreto de' 15 novembre 1835 à estesa la facoltà del procuratore del re presso il tribunale civile di poter provocare di ufizio la interdizione del demente e dell'imbecille anche nel caso in che ci sieno il suo conjuge o i suoi parenti, i quali *dimentichi de' loro doveri niuna cura prendano della persona e de' beni di lui.*

(4) Del domicilio di colui contro del quale è domandata l'interdizione. Toullier t. 2, n. 1319: Duranton, t. 3, n. 725.

(5) I figli e lo sposo di colui contro del quale si è avanzata la domanda d'interdizione pos-

Prima che si proceda all' interrogatorio dovrà intimarsi la domanda e 'l parere del consiglio di famiglia: art. 970 p. c.

419. Ricevuto il parere del Consiglio di famiglia, il tribunale interrogherà(1) il convenuto nella camera del consiglio. Se egli non vi si può presentare, sarà interrogato nella sua abitazione da uno de' giudici a ciò destinato, coll'assistenza del cancelliere. In tutti i casi il procuratore regio sarà presente all' interrogatorio (2).

---

sono assistere al consiglio perchè sono più nel caso di qualunque altro di dar gli schiarimenti necessari su' fatti e su le abitudini del convenuto. Ma sarebbe stato poco conveniente, dice il tribuno Bertraut de Greville (in Locré 3, p. 478, n. 5) e poco morale di metterli nel barbaro dovere di pronunziare su lo stato di un padre o di un conjuge infelice ed umiliato, al quale devono costantemente prodigare cure, rispetto e tenerezze—Toullier t. 2, n. 1322 spiegando questo art. vi ravvisa una regola generale che vieta al conjuge ed a'figli ogni voto deliberativo nel consiglio di famiglia, anche quando non sono attori. Proudhon t. 2, p. 317, Delvincourt l. 1, tit. XI, nota 15, e Duranton t. 3, n. 729 opinano al contrario, che quando l'interdizione è provocata da un altro, il conjuge ed i figli sono di dritto membri del consiglio di famiglia; e Duranton ne dà per ragione che il legislatore nello stabilire la disposizione dell' art. 418 à considerato il conjuge ed i figli come quelli che ànno provocato l' interdizione.

Quest' ultima opinione non può essere seguita, perchè contraria all' intenzione del legislatore. In effetti i quattro giureconsulti incaricati del progetto del codice presentarono un art., cui nelle discussioni del consiglio di stato fu sostituito un altro ne' seguenti termini: « Coloro che avranno provocato l'interdizione saranno ammessi nel consiglio di famiglia » per esporvi i loro motivi; ma non vi avranno voce deliberativa » — Comunicato questo articolo al Tribunato, la sezione di legislazione propose di sostituirvi la redazione seguente:

» Coloro che avranno provocato l'interdizione non faranno parte del consiglio di famiglia.

» Lo sposo o la sposa di colui di cui si provoca l' interdizione è ammesso nel consiglio » di famiglia senza voce deliberativa.

» È lo stesso de' figli che possono essere chiamati in consiglio di famiglia, e non avranno voce deliberativa ancorchè essi non abbiano provocato l' interdizione »

Nel rendere ragione di questa redazione, la sezione del tribunato si espresse così: « La redazione del primo paragrafo à per oggetto di stabilire di una maniera precisa che se coloro che avranno provocato l' interdizione si trovassero nel caso di esser membri del consiglio di famiglia saranno rimpiazzati da altri parenti o amici per la formazione di questo consiglio, nel quale essi non debbono avere che l'ammissione. Quanto a' due nuovi paragrafi che la sezione propone, l' è sembrato morale che lo sposo ed i figli di colui ch'è quistione d'interdire non possano giammai esser obbligati di deliberare su questa materia. Indipendentemente da questa ripugnanza ch' è a proposito di ben considerare, la saggezza deve prescrivere questa misura sotto il rapporto dell'interesse di colui la cui interdizione è provocata. Questa disposizione era scritta nel progetto presentata al governo da' quattro giureconsulti che n'erano stati incaricati, ed è troppo ragionevole per non riportarla » Locré 3, p. 466, n. 4.

Dopo la conferenza tenuta col tribunato, il consiglio di stato adottò senza discussione il titolo in esame, e si vede bene perciò che l'intenzione del legislatore sia stata di proibire, in tutt'i casi, al conjuge ed a' figli di deliberare nel consiglio di famiglia, che deve dare il suo parere sulla domanda d' interdizione. L'art. adunque scolpisce questa verità, quando non à fatto uso delle parole *il conjuge ed i figli* CHE HANNO DOMANDATO L' INTERDIZIONE, ma invece delle parole DELLA PERSONA DI CUI SIESI DOMANDATA L' INTERDIZIONE: quali parole mostrano che il legislatore à inteso prevedere il caso in cui l'interdizione fosse provocata da una persona diversa dal conjuge e da'figli.

(1) Toullier t. 2, n. 1320 sostiene che il Tribunale senza ordinare la convocazione del consiglio di famiglia può rigettare la domanda d'interdizione, se i fatti articolati non sembrano pertinenti o ammessibili. Si è deciso però dalla Corte di Orleans con decisione dei 26 febbrajo 1819 (Dalloz v. *interdiction* sez. 1, art. 3.) che una domanda d'interdizione non può essere rigettata senza che l' interrogatorio abbia avuto luogo; in modo che il Tribunale dovrà necessariamente ordinare la convocazione del consiglio di famiglia per pervenire in seguito all' interrogatorio, ed è questa l'opinione di Delvincourt lib. 1, tit. XI, nota 16, e di Duranton t. 3, n. 734. Ma la dottrina di Toullier sembra preferibile, perciocchè a che fare atti di procedura, quando da'medesimi fatti articolati con la domanda si rileva che dessa è inammessibile o mal fondata? D'altronde una sentenza e decisione che rigettasse puramente la domanda d' interdizione senza ordinare la convocazione del consiglio di famiglia, non potrebbe annullarsi per violazione di legge.

(2) Il decreto de' 20 giugno 1827 prescrive quanto segue:

420. Dopo il primo interrogatorio il tribunale destinerà, se vi ha luogo, un amministratore provvisorio, affinchè prenda cura della persona (1) e de' beni del convenuto (2). V. l'art. 428.

421. La sentenza sopra una domanda d'interdizione non potrà essere pronunciata altrimenti che in pubblica udienza, sentite o citate le parti. V. l'art. 438.

422. Rigettando la domanda dell'interdizione, il tribunale potrà nondimeno, se le circostanze lo esigano, ordinare che in avvenire il convenuto sia inabilitato a stare in giudizio (3), transigere, prendere a prestito, ricevere capitali, farne quietanze, alienare o ipotecare i suoi beni, senza l'assistenza di un consulente che verrà nominato nella stessa sentenza (4). V. gli art. 424 e 436.

423. In caso di appellazione da una sentenza di prima istanza, la gran Corte civile potrà, se lo giudica necessario, interrogare di nuovo, o far interrogare da un commessario (5) la persona di cui è domandata la interdizione. V. l'art. 971 p. c.

424. Qualunque sentenza con cui si ordina la interdizione o la nomina di un consulente, sarà ad istanza degli attori estratta dagli atti, notificata alla parte, ed inscritta entro dieci giorni sopra le tabelle che debbono essere affisse nella sala di udienza e negli ufficj de' notaj del circondario. V. l'art. 974 p. c., e art. 84 leg. de' 23 novembre 1819 sul notariato.

Art. 1. » Qualora la persona di cui è domandata l'interdizione, si trovi fuori territorio della provincia o valle del tribunale civile adito per lo correlativo giudizio, e non possa al medesimo presentarsi, l'interrogatorio prescritto nell'art. 419 leg. civ. seguirà, dietro analoga sentenza del tribunale stesso, innanzi ad un giudice del tribunale civile della provincia o valle della sua attual dimora.

Art. 2. » Il presidente del tribunale civile dell'attual dimora della persona da interdirsi destinerà il giudice che dee procedere all'interrogatorio. Il procuratore regio presso questo tribunale sarà presente all'interrogatorio anzidetto, ed il cancelliere del medesimo collegio assisterà il giudice incaricato di procedervi.

Art. 3. » Se gravi motivi sieno di ostacolo che l'interrogatorio abbia luogo a norma dell'art. 1 nel caso che quivi è preveduto, il tribunale civile adito per lo giudizio d' interdizione dovrà dal Re implorare il permesso di spedire per l'adempimento dell'interrogatorio fuori la provincia o valle di sua residenza un giudice unitamente al regio procuratore ed al cancelliere del tribunale medesimo.

(1) Queste parole *della persona* furono aggiunte dopo che nella discussione dell'art. 428 si risolse che prima di passare la sentenza d'interdizione in cosa giudicata, non possa devenirsi alla nomina di un tutore. Vedi la nota 1, pag. 123.

(2) Il decreto de' 24 giugno 1824 prescrive così: » Finchè dura il giudizio d'interdizio» ne gli effetti legali della destinazione dell'amministratore provvisorio sono gli stessi che » gli effetti legali della dazione del tutore ».

In conseguenza la persona cui viene nominato l'amministratore provvisorio è incapace di fare tutti gli atti che la legge vieta all'interdetto. Vedi gli art. 425, 432 e la nota 3, pag. 123.

(3) Sia da attore, sia da reo convenuto. Osservazioni del tribunato in Locré 3, p. 467, n. 7.

(4) È possibile che una persona contro cui l'interdizione si è domandata per causa d'imbecillità o di demenza non sembri essere in questo stato, ma che sia ben provato che a ragione della debolezza del suo spirito, o dell'ascendente di qualche passione dominante, sia poco capace della direzione de' suoi affari. Allora il giudice sarebbe imbarazzato, se la legge non gli permettesse di adoperare un altro rimedio diverso dalla interdizione. Il giudice in simili circostanze potrà vietare gli atti in questo art. enumerati, senza l'assistenza di un consulente che sarà nominato con la sentenza. Da ciò la differenza notabile tra l'interdizione assoluta, e la semplice assistenza a prendere, in certi casi specificati, l'avviso del consulente. Coloro che sono provveduti di un consulente non sono incapaci degli atti della vita civile: non possono obbligarsi, contrattando ne' casi preveduti, senza l'assistenza del consulente; ma in generale sono abili a contrattare, ed in tutti gli atti di amministrazione non ànno bisogno di assistenza. Discorsi in Locré 3, p. 472, n. 7, 478, n. 8, e p. 487, n. 4.

(5) Non è necessario che questo commessario sia uno de' membri della G. corte; la lontananza del convenuto non lo permetterebbe sempre. L'art. non esige che il procurator generale sia presente all' interrogatorio. Toullier t. 2, n. 1330.

La nullità è relativa, e l'azione dura 10 anni: art. 1079 e 1258.

425. L'interdizione o la nomina di un consulente avrà il suo effetto dal giorno della sentenza. Sarà nullo per diritto qualunque atto fosse stato fatto posteriormente dall'interdetto, o senza l'assistenza del consulente (1).

426. Gli atti anteriori alla interdizione potranno essere annullati, se la causa d'interdizione esisteva notoriamente all'epoca in cui sono stati fatti (2).

427. Dopo la morte di un individuo, gli atti da esso fatti non potranno essere impugnati per causa di demenza, se non ne' casi che si fosse pronunciata o dimandata l'interdizione prima della sua morte, o che la pruova della sua demenza risultasse dall'atto stesso che viene impugnato (3).

V. gli art. 328, 336 337 II. cc., e 972 p. c.

428. Se non vi sia appello dalla sentenza d'interdizione pronunciata in prima istanza, o se venga quella confermata in grado di appello, si passerà a destinare all'interdetto un tutore ed un surrogato tutore, secondo le regole prescritte nel titolo *della minore età*, *della tutela e della emancipazione*. L'am-

---

(1) La disposizione di questo art. che dichiara nulli di pieno dritto gli atti consentiti posteriormente alla sentenza è mai applicabile al caso in cui questa sentenza non sia stata inscritta nelle tabelle affisse nell'udienza del Tribunale e negli ufizi de' notaj del circondario, giusta il precedente art. 424? Merlin sostenne fortemente con conclusioni del dì 16 luglio 1810 l'affermativa, e tra gli altri argomenti fece prevalere quello che la disposizione dell'art. 424 non è prescritta a pena di nullità, come nell'art. 1409. Ma la Corte di cassazione con arresto dello stesso di non accolse la requisitoria, pel motivo che al terzo che avesse contrattato coll'interdetto o con colui cui fosse nominato un consulente non possa essere opposta l'incapacità risultante dalla sentenza, se non nel caso in cui questa sentenza avesse ricevuto la pubblicità voluta dalla legge. Questo arresto non fu ammesso a pieni voti, nè risponde a' robusti argomenti esposti da Merlin rep., v. *tableau des interdicts*, §. 1. Delvincourt (lib. 1, tit. XI, nota 41) riprova anch'egli questo arresto, e dimostra con buoni argomenti che gli effetti della sentenza d'interdizione non sono sottoposti alla pubblicità della sentenza, mentre è possibile che l'interdetto vada a contrattare in un luogo lontanissimo, dove la sentenza sarà del tutto ignorata. Questa dottrina è seguita da Duranton t. 3, n. 771.

(2) Per la ragione che chi contratta con una persona notoriamente imbecille, notoriamente demente, è egli stesso notoriamente di mala fede; si suppone che la notorietà della causa dell'interdizione esiste in faccia a lui, e non gli lascia alcun pretesto per affettare una ignoranza affatto inverosimile. Exposé par Emerry in Locré 3, p. 473, n. 12.

L'art. separa giudiziosamente la causa degl'interdetti da quella di coloro che sono provveduti di un semplice consulente giudiziario, e per quest'ultima serba silenzio. Questo silenzio indica chiaramente che gli atti anteriori al giudicato che dà all'uomo debole o prodigo l'assistenza debbono ricevere la loro piena esecuzione. Discorso di Terrible su questo titolo in Locré 3, p. 488, n. 11.

(3) Bertrand de Greuille nel rapporto fatto al tribunato rende motivo della disposizione dell'art. ne' seguenti termini. « L'uomo durante la cui vita non si è creduto dover intentare l'azione in interdizione, è reputato di aver goduto fino all'ultimo momento della pienezza delle sue facoltà. Non può esser permesso di turbare le sue ceneri, d'ingiuriare la sua memoria con delle ricerche ignominiose e retroattive. Locré 3, p. 479, n. 8 ».

L'art. però fa a questa regola due eccezioni; 1.° Se l'interdizione era stata pronunziata o domandata prima della morte; 2.° Se la pruova della demenza risultasse dall'atto stesso che viene impugnato. Queste restrizioni sono il frutto di una profonda sagacità, perciocchè non può dirsi che la cupidigia determina le querele contro gli atti, quando le pruove evidenti della demenza sono di già consegnate, sia in una procedura anteriore alla morte, sia nell'atto medesimo che s'impugna. Queste restrizioni però non sono applicabili al caso in cui contro l'individuo siesi avanzata domanda per assistenza di un consulente. Non si può dopo la morte domandare la nullità degli atti da costui fatti. Discorso di Terrible in Locré 3, p. 488, n. 11.

Ma come conciliare la disposizione di questo art. con quella contenuta nell'art. 817, secondo il quale per far donazione tra vivi o per testamento è necessario esser sano di mente? Merlin sulle cui conclusioni fu profferito l'arresto de' 22 novembre 1810 dimostrò a fondo che l'art. 817 forma una eccezione all'art. 427. Vedi le osservazioni sull'articolo 817.

ministratore provvisionale cesserà dalle sue funzioni, e renderà conto al tutore, quando non lo fosse egli stesso (1).

429. Il marito è di diritto il tutore della sua moglie interdetta (2).

430. La moglie potrà essere nominata tutrice del marito: ed in questo caso il Consiglio di famiglia regolerà il modo e le condizioni dell'amministrazione; salvo alla moglie che si credesse lesa dalla determinazione dello stesso Consiglio, il ricorso a' tribunali. V. l'art. 211. V. l'art. 377.

431. Nessuno, ad eccezione de' conjugi, degli ascendenti e de' discendenti, sarà tenuto di continuare nella tutela di un interdetto oltre i dieci anni. Alla scadenza di questo termine il tutore potrà domandare e dovrà ottenere il suo rimpiazzo.

432. L'interdetto è uguagliato al minore per ciò che riguarda la sua persona ed i suoi beni. Le leggi sopra la tutela de' minori saranno applicabili alla tutela degl' interdetti (3).

---

(1) Apertasi nel Consiglio di Stato di Francia la discussione di questo art., si propose la quistione principale di sapere se la sentenza di prima istanza possa ricevere provvisoriamente la sua esecuzione per la nomina del tutore. Tronchet voleva che la sentenza avesse esecuzione provvisoria, pel motivo che l'interdizione essendo pronunziata nell'interesse dell' interdetto, la legge non deve in pendenza del termine ad appellare, abbandonarlo alle sugestioni ed agl' intrighi. Ma replicò Treilhard che non si poteva nominare un tutore provvisorio a colui che si vorrebbe interdire. Quale parte farebbe cotesto tutore.? Egli non litigherebbe senza dubbio contro il giudicato che l' à nominato; e se agisse per sostenerlo, il convenuto per l' interdizione non sarebbe più difeso, poichè non potrebbe esserlo che con l' assistenza del tutore che sarebbe il suo avversario. Aggiunse Portalis che, come la domanda d' interdizione in alcuni casi può essere fondata, era necessario di autorizzare il giudice a prendere delle precauzioni provvisorie in favore non solo de'beni, ma anche della persona del convenuto. In conseguenza si risolse di aggiungere all'art. 10 del progetto (corrispondente all' art. 420 delle nostre leggi civili) che l'amministratore nominato in pendenza del giudizio potrebbe egualmente esser destinato a prender cura della *persona* del convenuto per l' interdizione. Locré 3, p. 462, n. 7 a 10.

Segue da questa discussione che la nomina del tutore è nulla se sia stata fatta prima della notificazione della sentenza, perciocchè esigendo l' art. che si passi alla nomina di un tutore in mancanza di appello dalla sentenza d' interdizione, è evidente che il termine dell'appello non può decorrere che dal dì della notificazione. Così decise dopo un *consultis classibus* la Cass. di Francia nel dì 13 ottobre 1807, repert. di Merlin, v. *Interdiction*, §. 5, n. 3.

Nè sembra esatto ciò che dice Toullier (t. 2, n. 1335) seguito da Duranton t. 3, n. 749, che la nomina del tutore fatta dopo la notifica della sentenza e prima dell' appello, sia valida; perciocchè questa opinione è contro la lettera e lo spirito dell' art. La disposizione letterale dell'art. prescrive che si passi alla nomina del tutore *se non vi sia appello:* or l' appello può esservi nell' ultimo giorno del termine, ed in conseguenza per dirsi che non vi sia appello, conviene attendere l'elasso del termine. Lo spirito dell' art. è pure contrario a siffatta dottrina, poichè si verificherebbe l' inconveniente pel quale Portalis si oppose nel Consiglio di Stato alla nomina di un tutore provvisorio, che cioè il tutore il quale nel giudizio di appello dovrebbe assistere il convenuto in interdizione, si troverebbe suo avversario.

(2) Il marito è il legittimo tutore della moglie interdetta, ed in tutti gli altri casi la tutela dell' interdetto è sempre dativa. Il padre quindi non potrebbe con testamento destinare un tutore al figlio maggiore interdetto. Arresto della Cass. di Parigi degli 11 marzo 1812, sulle ragionate conchiusioni di Merlin, rep., art. *tutele*, sez. 2, §. 1.

(3) Stante la incapacità di cui trovasi l'interdetto colpito, questo art. rinvia alle diverse leggi che sono applicabili a coloro che mantenuti dal difetto d' intelligenza nello stato d' ignoranza non possono difendersi da loro stessi. È cosa utilissima qui riunire tutte le disposizioni legislative che si applicano all' interdetto:

1.° L' interdetto à il domicilio presso il suo tutore: art. 113.

2°. L' amministrazione del patrimonio dell' interdetto à luogo secondo le regole stabilite negli art. 373 e seg.

433. Le rendite di un interdetto debbono essere essenzialmente impiegate per addolcire la sua situazione ed accelerarne la guarigione. Secondo i caratteri della sua malattia e lo stato delle sue facoltà, il consiglio di famiglia potrà determinare che venga curato nella propria abitazione, o che sia posto in una casa di sanità, ed ancora in uno spedale.

434. Quando si tratterà del matrimonio del figlio di un interdetto, la dote o la donazione, e le altre convenzioni nuziali saranno regolate dal parere del consiglio di famiglia, omologato dal tribunale sulle conclusioni del procuratore regio (1).

3.° I beni dell'interdetto non possono essere alienati ed ipotecati che previa deliberaziono del consiglio di famiglia, omologata dal tribunale civile: art. 380, 381 e 2012.

4.° Le eredità devolute all'interdetto debbbono accettarsi previa deliberazione del consiglio di famiglia e col beneficio dell'inventario: art. 384 e 693. Per rinunciarsi l'eredità, la deliberazione del consiglio di famiglia dev'essere omologata dal tribunale: art. 384 e 701. Vedi la nota 1, pag. 112.

5°. Le partite inscritte sul G. Libro maggiori di annui duc. 20 non possono essere alienate, trasferite o immobilizzate che colle forme prescritte dagli art. 380 e 381 per l'alienazione degli stabili: decreto de' 23 marzo 1833.

6.° Le transazioni su cose appartenenti all'interdetto debbono aver luogo con le formalità prescritte dagli art. 390 e 1917.

7°. La divisione di un'eredità nella quale è interessato un interdetto deve farsi giudiziariamente: art. 736 e seg.

8.° Le donazioni fatte all'interdetto debbono accettarsi dal tutore, previa deliberazione del consiglio di famiglia; ma per la mancanza di accettazione e di trascrizione della donazione, l'interdetto non è restituito in intero: art. 859 e 866.

9.° Gl'interdetti sono incapaci a contrattare, ma la loro incapacità non può essere opposta dalle persone che ànno con essi contrattato: art. 1078 e 1079.

10.° La nullità del contratto fatto coll'interdetto dà dritto a ripetere ciò che si è a costui pagato nel solo caso che venga provato di essersi il pagamento convertito in vantaggio dell'interdetto: art. 1266.

11.° Gl'interdetti non sono restituiti in intero quando nelle alienazioni e divisioni di eredità siensi osservate le formalita volute dalla legge: art. 1268.

12. Gl'immobili di un'interdetto non possono vendersi prima della discussione de' beni mobili, meno se l'azione sia stata promossa prima della interdizione, o pure se deve procedersi alla vendita di un immobile in comunione con altri debitori: art. 2107 e 2108.

13.° La prescrizione non corre contro l'interdetto, art. 2158, meno i casi preveduti negli art. 1509, 1522, 2096, 2184 ll. cc.; 491 e 508 p. c.

14.° Non si può rinunziare alla prescrizione acquistata dall'interdetto: art. 2128.

15.° L'interdetto à l'ipoteca legale su' beni del tutore: art. 2007 e 2021.

16.° Il tutore dell'interdetto deve render conto, può esservi astretto coll'arresto personale, nè è ammesso al beneficio della cessione de' beni: art. 392, 1222, 1935 n. 4, ll. cc., e 982. p. c.

17.° L'azione dell'interdetto pel rendimento del conto contro il tutore si prescrive in 10 anni: art. 398, e nota 2, pag. 115.

18.° L'interdetto è ammesso al ricorso per ritrattazione pe' giudicati contro a lui profferiti, tutte le volte che non sia stato difeso, o sia stata omessa una parte essenziale della difesa: art. 545 proc. civ.

19.° Non si può compromettere negli affari ne'quali è interessato l'interdetto: vedi gli art. 438 ll. cc., 1070 p. c., e la nota 4, pag. 113.

Non debbesi però conchiudere che l'interdetto possa al pari del minore disporre de' suoi beni per testamento nel modo indicato dall'art. 820, poichè la legge medesima previene coll'art. 817 tale conseguenza, per distruggerla. Del pari il minore può contrarre matrimonio, art. 153, e l'interdetto no, art. 183, e nota 1, pag. 40. L'interdetto non può essere tutore nè membro del consiglio di famiglia, e al contrario il minore è di dritto il tutore de' proprii figli, art. 365. In fine l'art. 425 dichiara nulli di pieno dritto gli atti fatti dall'interdetto: l'art. 1259 al contrario non dichiara gli atti fatti dal minore che rescindibili per causa di semplice lesione.

(1) Sembra a prima vista inconciliabile la disposizione di questo art. con quella dell'art. 1352, secondo il quale il minore capace a contrarre matrimonio è pure capace a prestare il consenso per tutte le convenzioni delle quali è suscettivo questo contratto, purchè in esso sia assistito dalle persone il cui consenso è necessario per render valido il matrimonio.

435. L'interdizione cessa col cessare delle cause per le quali fu determinata. La rivocazione però non sarà pronunciata, se non osservate le formalità prescritte per decretarla (1): e l'interdetto non potrà riprendere l'esercizio de' suoi diritti, che dopo la sentenza di rivocazione. V. gli art. 417, 419, 421 ll. cc., e 973 p. c.

CAPITOLO III.

Del consulente destinato dal giudice (2).

436. Può essere proibito a' prodighi di stare in giudizio, di transigere, di prendere danaro a prestito, di riscuoter capitali e di farne quietanze, di aliena- Il consulente si nomina anche nel caso dell'art. 422.

Ma questa apparente antinomia sparisce con una distinzione. Se il figlio à bisogno di fare le convenzioni co' beni del padre interdetto, in questo solo caso si applica la disposizione dell'art. 434; ma se il figlio deve stipulare convenzioni matrimoniali su' beni che gli pervengono dalla madre, o sopra i beni suoi personali o di un terzo, l'art. 434 è inapplicabile, ed il figlio minore deve allora, a' termini dell' art. 1352, esser assistito da quelli di cui è necessario il consenso pel suo matrimonio. Delvincourt lib. 1, tit. XI, nota 38.

Poichè l'art. in esame riceve la sua applicazione quando trattasi di regolare le convenzioni matrimoniali del figlio dell'interdetto e su' beni dell' interdetto medesimo, se ne è conchiuso con ragione da Delvincourt ibid, e da Duranton t. 3, n. 764, che l'art. volendo che le convenzioni matrimoniali fossero regolate da un *parere del consiglio di famiglia*, à inteso parlare del consiglio di famiglia dell'interdetto, poichè è giusto che l'interdetto sia rappresentato dal suo proprio consiglio quando si tratta dell'alienazione di una parte del suo patrimonio.

(1) Da' termini di questa disposizione e da quelli dell' art. 973 p. c. non si può conchiudere che l' interdetto che ricorre per far rivocare la sua interdizione debba far citare il suo tutore, e che questi sia ammessibile per formare opposizione di terzo contro la sentenza di rivoca nella quale non abbia fatto parte; poichè le formalità della rivoca sono quelle prescritte per la interdizione ed indicate negli art. 417, 419 e 421, donde segue che il consiglio di famiglia ed il ministero pubblico sono i veri contraddittori della domanda, ed i soli che sieno necessarî ne' termini della legge. Arresto della Cas. di Parigi dei 12 Febbraio 1816, nelle quistioni di dritto di Merlin, v. *interdiction*, §. 5.

(2) Nella legislazione romana il prodigo veniva interdetto, ed Ulpiano nella l. 1, ff. *de curat.* si esprime così. *Lege XII. tab. prodigo interdicitur bonorum suorum administratio; quod moribus quidem ab initio introductum est — Sed solent hodie Praetores vel Praesides, si talem hominem invenerint, qui neque tempus neque finem expensarum habet, sed bona sua dilacerando et dissipando profundit, curatorem ei dare exemplo furiosi: et tamdiu erunt ambo in curatione, quamdiu vel furiosus sanitatem, vel ille sanos mores receperit: quod si evenerit, ipso jure desinunt esse in potestate curatorum.*

La sentenza era proclamata dal pretore con una specie di solennità. « *Quando*, diceva questo magistrato al prodigo, *tua bona paterna, avitaque nequitia tua disperdis, liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi ea re, commercioque interdico.* Paul., l. 3, t. 4, § 7.

Il nuovo codice ha fatto sparire quella umiliazione che l'antica legislazione attaccava alla prodigalità, e rispettando la libertà degl' individui nell'amministrazione del proprio patrimonio, si è limitato di porre un freno a' disordini del prodigo, impedendogli di fare de' determinati atti senza l'assistenza di un consulente. E perchè è difficile di discernere gli atti che debbono servire a far riconoscere il prodigo, nel Consiglio di Stato di Francia alcuni membri non volevano ammettere, in questo caso, l'uso di alcun espediente. Nondimeno Portalis si oppose a questa obiezione dicendo di essere senza dubbio impossibile di stabilire su tal punto regole precise, ma l'esperienza e l'uso ànno indicato il modo di riconoscere quando la prodigalità esiste: la severità della giustizia deve rivolgersi soltanto contro colui il quale con folli disposizioni distrugge il suo patrimonio, e spetta a' tribunali di valutare i fatti di prodigalità allegati. Locrè 3, p. 458 a 460, n. 4, 5 e 6 — E noi aggiungiamo che può servir di guida a' giudici la definizione che dà Cicerone de' prodighi. *Prodigi*, egli dice, *sunt qui, epulis et viscerationibus et gladiatorum muneribus, ludorum venationumque apparatu pecunias profundunt in eas res, quarum memoriam aut nullam aut brevem sint relicturis*: lib. 2. *de officiis*.

re, di aggravare i loro beni d' ipoteca (1), senza l' assistenza di un consulente che loro è nominato dal tribunale (2).

V. gli art. 413, 414 e seg.

437. La proibizione di agire senza l'intervento di un consulente può esser domandata da coloro che hanno diritto di chiedere l'interdizione. La loro domanda debbe essere instrutta e giudicata nello stesso modo. Questa proibizione non potrà essere tolta, se non osservate le medesime formalità.

438. Nessuna sentenza, in materia d'interdizione o di nomina di un consulente, potrà essere pronunciata nè in prima istanza nè in grado di appello se non dopo le conclusioni di chi è incaricato del ministero pubblico.

---

(1) Aggiunge il decreto de'23 marzo 1833 che l'alienazione o immobilizzazione delle partite inscritte sul Gran Libro, appartenenti ad individuo provveduto di consulente giudiziario non può eseguirsi che giusta le prescrizioni dell' art. in esame.

Poichè il legislatore à avuto cura di enumerare gli atti pe' quali il prodigo sarebbe obbligato all' autorizzazione del suo consulente, convien conchiuderne che conserverà egli la integrità de' suoi dritti riguardo a quelli non indicati in questo articolo.

(2) Da queste ultime parole dell' art. risulta che mentre il tutore dell'interdetto è nominato dal consiglio di famiglia (art. 428), il consulente giudiziario del prodigo è scelto dallo stesso tribunale.



LIBRO II.

DE' BENI E DELLE DIFFERENTI MODIFICAZIONI DELLA PROPRIETA' (1).

TITOLO I.

DELLA DISTINZIONE DELLE COSE CHE POSSONO ESSERE L'OGGETTO DI UNA PROPRIETA' PUBBLICA O PRIVATA (2).

CAPITOLO I.

De' beni immobili (3).

439. Tutte le cose che possono essere l'oggetto di proprietà pubblica o

(1) Il libro in disamina si occupa de'beni considerati sotto le loro differenti modificazioni, e si divide in quattro titoli: 1.° *Della distinzione de' beni*; 2.° *Della proprietà*; 3.° *Dell' usufrutto e dell' abitazione*; 4.° *Delle servitù fondiarie*. Sono queste le sole modificazioni di cui è la proprietà suscettiva nella moderna organizzazione politica e sociale.

Non si abbia a credere che il codice civile formi il corpo del dritto in quanto a' beni: il legislatore non poteva qui considerare i beni che nell'interesse particolare, e ciò che riguarda le modificazioni della proprietà sotto le vedute di generale interesse forma oggetto di leggi particolari.

L'economia politica, questa scienza della vita sociale, à risoluto un gran problema, che le ricchezze delle nazioni non sono costituite da'soli valori materiali, ma che le intellettuali conoscenze sono ancora do' capitali produttivi di utilità. È perciò che i governi ànno spiegato una protezione per le opere letterarie, che costituiscono una proprietà: quindi la necessità di spiegare con leggi positive la proprietà letteraria, di cui non si occupa il codice. Questa legge è stata presso di noi pubblicata nel dì 5 febbrajo 1828.

Lo stesso dicasi per le belle arti, per la musica e per le opere drammatiche.

L'utilità pubblica fa restringere i dritti di proprietà tanto dalle leggi per regola generale garantiti. Prendono da ciò origine le leggi sul tabacco, sulle miniere, sulla pesca, sulla caccia, su' boschi ec.

Ben si comprende dalle esposte cose con quanto studio debbonsi meditare le disposizioni della legge, e coordinarsi alle leggi particolari ed alla pubblica economia.

(2) La parola *cose* nel più esteso significato comprende tutto ciò ch'esiste fuori dell'uomo, ed in altri termini, tutto ciò che può divenire il suggetto attivo di un dritto. In questo senso particolare nel linguaggio del dritto è opposta alla parola *persone*. Le cose, considerate rispetto all'uomo, si dividono in due classi: le une sono fuori, e le altre nel nostro patrimonio. Le cose comuni, *res comunes*, sono quelle di cui la proprietà non appartiene ad alcuno e di cui gli uomini possono servirsi liberamente, conformemente all' uso cui la natura le à determinate. Le altre sono quelle che possono formare oggetto di una proprietà pubblica o privata, e prendono il nome di beni; l. 5 e 174 ff. *de verb. signif.* De'beni si occupa la legislazione civile, e la rubrica di questo titolo scolpisce assai bene questa verità.

(3) La più generale divisione delle cose che possono formare oggetto di utilità pubblica o privata è quella di cose *corporali* ed *incorporali*; l. 1, §. 1, ff. *de divis. rerum*; e §.

privata, sono *mobili* o *immobili*. Esse appartengono o allo Stato, o alla Chiesa, o a' comuni, o agli stabilimenti pubblici, o a' particolari (1).

1, Inst. *de rebus corpor. ed incorp.* Le cose corporali sono quelle che cadono sotto i sensi, come una casa, un cavallo ec. Le cose incorporali sono quelle che consistono semplicemente in un dritto e che si scorgono coll'intendimento; per esempio una successione, il dritto di usufrutto, di servitù. Le cose corporali si dividono in *mobili* ed *immobili* e questa divisione é di grande importanza in più materie: 1.° Nelle leggi di competenza, art. 101, 102, 151, p. c. 2.° Nelle successioni, art. 745, 778, 787; 3.° Ne'sequestri, t. 8, lib. 6, p. c.; e leg. di espropriaz. 4.° Nel trasferimento del dominio, art. 1094, 1095, 1428, 1075, 2081, 2085; 5.° Ne' privilegi e nelle ipoteche, art. 2004; 6.° Nella società e nella comunione, art. 1394, 1395, 1709, 1710. 7.° Nella prescrizione; 2168, 2171 e 2185; princ. Inst. de *usucap.* Voet ad pandectas, tit. *de rer divis*, n. 30.

Le cose incorporali per loro stesse non sono nè mobili, nè immobili; ma per la determinazione della legge esse acquistano l' una o l'altra di queste qualità, secondo le cose che ànno per oggetto. Quindi le cose incorporali sono dritti reali o azioni: nel primo caso sono immobili, come i beni che danno luogo al dritto reale; nel secondo sono mobili se l'oggetto dell'azione è mobile: *actio ad mobile est mobilis*, *actio ad immobile est immobilis.*

(1) I beni possono essere posseduti: 1.° dallo stato; 2.° dalla chiesa; 3.° da'comuni e dalle provincie: 4.° dai stabilimenti pubblici: 5.° da' privati.

I. I beni che appartengono allo stato si chiamano beni del *demanio pubblico* o *beni demaniali*. Le cose di pertinenza del demanio pubblico sono di tre specie: alcune non sono capaci di proprietà: altre quantunque suscettive di privata autorità non sono in commercio; ed altre finalmente si posseggono dallo stato a titolo di proprietà e sono in commercio. Della prima specie sono i beni indicati nell'art. 463. Appartengono alla seconda classe i beni su' i quali lo stato à dritto di proprietà, ma che non sono in commercio per essere destinati ad un uso pubblico, onde finchè dura questa loro destinazione sono eziandio inalienabili ed imprescrittibili (*), come le rive del mare (**) i siti occupati e quindi abbandonati dal mare, i fiumi e le rive navigabili o atte a trasporto, le strade pubbliche e consolari le quali sono a carico dello stato (***), e le altre cose di cui è parola negli articoli 463, 565 e 482, 2.° comma. Nella terza classe sono da noverarsi i beni suscettivi di privata proprietà e che sono in commercio, ed in conseguenza possono prescriversi: art. 464, 466, 485, 637 e 2133.

I beni demaniali che possono formare oggetto di privata proprietà sono sotto la dipendenza delle amministrazioni dello stato. Vedi il decreto de'30 gennaio 1817 portante la riunione de' beni dello stato ed il modo di amministrargli: il decreto de'18 ottobre 1819 relativo all' amministrazione ed alle cose che costituiscono il pubblico demanio: il decreto dei 26 novembre 1821 su'beni che fanno parte dell'amministrazione generale della cassa di ammortizzazione: il decreto de'20 dicembre 1821 che prescrive di applicarsi alla cassa di ammortizzazione tutte le disposizioni contenute nel capitolo primo del decreto de' 18 ottobre 1819 riguardante il demanio pubblico.

Sulle forme dell'alienazione ed amministrazione de'beni dello stato, vedi la nota sotto l'articolo 462.

II. Le regole di buona amministrazione ànno fatto ammettere una distinzione fra i beni che appartengono al pubblico demanio, ed i beni della real corona, i quali sono distaccati da quelli dello stato e servono al Re per mantenere lo splendore del trono. I beni di casa reale sono assimilati a'beni dello stato, e godono pure i privilegi amministrativi accordati contro i debitori morosi dal decreto de'30 gennajo 1817: art. 4 della legge de' 21 marzo 1817, e decreto degli 8 novembre 1832. Diverso è ancora dal pubblico demanio e da quello della real corona il demanio privato del Re, che contiene i beni che il Re possiede come qualunque privato a titolo di eredità, di donazione, di compra ec.

III. La chiesa possiede anche de' beni, secondo gli art. 12 e 15 del concordato: e sono state abolite le leggi di ammortizzazione, per effetto delle quali il clero ed i corpi ecclesiastici non aveano il dritto di possedere o di acquistare beni immobili: vedi la nota 1, pag. 7.

La chiesa à bisogno dell'autorizzazione sovrana negli acquisti per atti gratuiti: art. 826.

Nelle alienazioni de' beni immobili, nelle transazioni e nel reimpiego de' capitali appartenenti al patrimonio della chiesa e de' poveri, il decreto del 1 dicembre 1833 prescrive il metodo da tenersi; estendendo le sovrane risoluzioni de'29 marzo 1820 e 17 aprile 1826 le quali all' uopo esistevano.

(*) Rapporto del Tribuno Prefeln in Locré 4, p. 36, n. 11.
(**) Inst. §. 3, *de rer. divis.* e l. 96 ff. de verb. signif.
(***) Regolamento del 29 giugno 1820.

440. I beni sono immobili o per la loro natura, o per la loro destinazione, o per l'oggetto cui si riferiscono.

441. I terreni e gli edifizj (1) sono immobili per loro natura.

442. Sono pure immobili per loro natura i molini o ad acqua, fissi su' pilastri e formanti parte dell'edifizio (2).

443. Le messi attaccate alle radici ed i frutti degli alberi non ancora raccolti sono similmente immobili (3).

Tostochè le biade sono tagliate, ed i frutti colti, quantunque non trasportati (4), divengono beni mobili.

Se una parte solamente della messe è tagliata, questa sola è mobile.

444. I tagli ordinarj delle selve cedue, anche di quelle che contengono alberi di alto fusto, che sogliono tagliarsi regolarmente, divengono mobili a misura che gli alberi vengono abbattuti (5).

Con altro decreto dello stesso di 1 dicembre 1833 si prescrissero le regole relative all'affitto de' beni appartenenti alle mense vescovili, alle badie ed a' benefici di qualunque natura.

Dal che segue che i beni della chiesa sono in commercio, cioè che si possono alienare colle forme stabilite dalle leggi civili e da'canoni, non che si possono prescrivere, mentre essendo alienabili è loro applicabile l'art. 2133.

Per ciò che riguarda i beni de'comuni e de'pubblici stabilimenti vedi la nota sotto l'articolo 467.

(1) Se questi sieno inerenti al fondo. E a questo modo che la l. 18. ff. *de act. empt.* decide con ragione che una casa di legname non è immobile, se non quando i piuoli i quali la sostengono sieno conficcati nel terreno: altrimenti è mobile.

(2) La disposizione di questo art. è una conseguenza sì del principio che *quod solo inaedificatum est, solo cedit*, che un'applicazione de' principî relativi a' dritti di accessione o d'incorporazione ritenuti nell'art. 477.

Ed è perciò che il Pothier con ragione insegna che i molini formano parte dell'edifizio, tutte le volte che siensi costruiti sul fondo dal proprietario, poichè l'edifizio è un immobile se non come un accessorio del fondo. In conseguenza se il mulino si è costruito dall'usufruttuario, è mobile.

Lo stesso debbe dirsi dell'edifizio costruito dal fittaiuolo sul fondo locato: distaccato dal fondo non è più un edificio; sono semplici materiali, e per conseguenza beni mobili. Delvincourt lib. 2, tit. 1, nota 8.

(3) I frutti non sono immobili per loro natura, ma solamente per essere attaccati al suolo di cui formano parte integrale, finchè la loro proprietà resti nelle mani del proprietario del suolo. In conseguenza di questo principio si è giudicato, che la vendita de' frutti pendenti fatta separatamente dal fondo, e per esser colti, è una vendita di cose mobili, nè può essere contrastata dal creditore ipotecario del fondo la proprietà che ne à acquistata il compratore, che provando la frode: Dalloz art. *choses*. Da ciò nasce ancora che si può sequestrare un ricolto pendente dalle sue radici, senza ricorrere alle forme del sequestro immobiliare: art. 717 e seg. proc. civile.

(4) Bisogna però eccettuare i frutti che maturati dopo la denunzia al debitor pignorato, sono immobilizzati per esser distribuiti a'creditori insieme col prezzo dell'immobile, secondo il loro ordine d'ipoteca: art. 22 della leg. di espropriazione forzata de'29 dicembre 1828.

(5) Questo art. distingue implicitamente gli alberi di alto fusto non destinati ad essere tagliati o abbattuti regolarmente, e quelli che ànno questa destinazione. Per i primi non vi è controversia che sono immobili per destinazione, e per i secondi si è stabilito che diventano mobili a misura che vengono abbattuti gli alberi.

Ma le selve di alberi di alto fusto vendute per tagliarsi, debbono essere considerate come mobili fra il venditore e 'l compratore, ancorchè all'epoca della vendita non sieno state sottoposte ad un taglio regolare, poichè la vendita ed il taglio inducono a render mobili le selve, separandole da'fondi. Decisione della Cass. di Parigi de' 12 febbrajo 1812 in Dalloz, v. *choses*—Si è in conseguenza bene deciso a' 21 giugno 1820 che quando la vendita di un taglio di boschi si è fatta successivamente a due compratori, quello de' due compratori cui sarà fatta la tradizione debb'essere preferito all'altro quantunque posteriore di titolo, giusta l'art. 1095, e che la tradizione per un taglio intero di selve, può risultare da un principio di recisione, dallo stabilimento di un guardiano sul taglio, dal pagamento delle contribuzioni, art. 1452: la decisione almeno che giudica in tal modo, non dà luogo a ricorso per cassazione.

445. Gli animali che il proprietario del fondo consegna al fittajuolo o al colono per la coltura, sieno o no estimati (1), sono riputati beni immobili sino a che sono inservienti al fondo, in vigore della convenzione (2).

Quelli che il proprietario consegna a *soccio* ad altri, fuorchè al fittajuolo o colono, si hanno per beni mobili.

446. I condotti addetti a portare le acque in una casa o altra possessione, sono immobili, e fanno parte del fondo cui sono annessi.

447. Sono beni immobili per destinazione le cose che il proprietario di un fondo vi ha poste per lo servizio e la coltivazione del medesimo.

Sono quindi beni immobili per destinazione, quando sono stati assegnati dal proprietario pel servizio e la coltivazione del fondo;

gli animali addetti alla coltura; (3)
gli strumenti aratorj;
le sementi somministrate a' fittajuoli o a' coloni parziarj;
i piccioni delle colombaje;
i conigli delle conigliere;
gli alveari;
i pesci delle peschiere;
i torchi, le caldaje, i lambicchi, i tini e le botti (4);
gli utensili necessarj all' uso delle fucine, cartiere ed altre fabbriche;
la paglia ed il concime (5).

Sono pure immobili per destinazione tutti gli effetti mobili annessi dal proprietario ad un fondo, colla intenzione che vi restino perpetuamente (6).

448. Si considerano annessi al fondo dal proprietario, colla intenzione che vi restino perpetuamente, gli effetti mobili, quando vi sieno uniti con gesso, calce o stucco, o quando non possano distaccarsi senza rottura e deteriorazione, o senza rompere e guastare la parte del fondo cui sono attaccati (7).

Gli specchi di un appartamento si reputano posti a perpetuità, quando i telari cui sono attaccati, formano corpo col rimanente del tavolato.

Lo stesso ha luogo pe' quadri ed altri ornamenti.

Le statue si reputano immobili, quando sono collocate in una nicchia for-

---

(1) La stima non trasferisce al fittajuolo la proprietà: art. 1668.

(2) Dal che segue che se il proprietario vendesse in seguito gli animali al fittajuolo, essi diverrebbero mobili, benchè restassero nel fondo, poichè non vi resterebbero più per effetto della primitiva convenzione. Delvincourt lib. 2, tit. 1, nota 18.

(3) Per dritto romano gli animali addetti alla coltivazione non erano considerati immobili: *instrumentum fundi non est pars fundi;* l. ult. ff. *de suppel. leg.*; l. 2, §. 1, ff. *de instr. leg.*—Pothier, *traité de la communauté*, p. 1., cap. 2, n. 43 e 44 desiderava che la legge li dichiarasse espressamente immobili pel vantaggio dell'agricoltura. L'art. in esame dichiara immobili gli animali addetti alla coltura, ma la sua disposizione si applica ai soli animali rigorosamente necessari alla coltivazione del fondo nel quale si trovano; quelli che non sono necessari a tal uso possono essere l'oggetto di un sequestro mobiliare. Decisione della corte di Limoges de' 15 giugno 1820 in Dalloz, v. *choses*.

(4) Posti per lo servizio e per la coltura del fondo. Non così delle caldaje e de' lambicchi de' distillatori: i tini e le botti de' negozianti di vino non sono egualmente immobili per destinazione; per reputarsi tali bisogna che questi oggetti sieno stati posti dal proprietario per lo servizio e per le coltura di un fondo. Toullier t. 3, n. 13.

(5) Ma non il fieno il quale è una messe, e di cui non si parla in questo art. Toullier t. 3, num. 13.

(6) Sono in conseguenza immobili per destinazione e come tali compresi nell'aggiudicazione fatta in seguito di espropriazione forzata di un fondo dal quale dipendono gli animali dati a soccio, le semenze ec., malgrado che non fossero menzionati nel processo verbale del sequestro, nè nel quaderno delle condizioni, nè finalmente nella sentenza di aggiudicazione. Decisione della corte di Riom de' 3 agosto 1820 in Dalloz, v. *choses*.

(7) V. la l. 17, §. 3, 7 e 9 ff. *de act. empt. et vend.*

mata per esse espressamente, non ostante che possano levarsi senza frattura o deteriorazione (1).

449. Sono immobili per l'oggetto cui si riferiscono,
il diritto del padrone diretto su' fondi dati in enfiteusi;
il diritto del padrone utile su' fondi medesimi;
l'usufrutto su di cose immobili;
le servitù prediali;
le azioni che tendono a rivendicare un immobile.

CAPITOLO II.

De' beni mobili.

450. I beni sono mobili o per loro natura, o per determinazione della legge.

451. Sono mobili per loro natura i corpi che possono trasportarsi da un luogo ad un altro, o che si muovono da per loro, come gli animali, o che non possono cangiare di posto se non per l'effetto di una forza estrinseca, come le cose inanimate.

452. Sono mobili per determinazione della legge le obbligazioni e le azioni che hanno per oggetto somme esigibili o effetti mobili (2); le azioni o interessi (3) nelle compagnie di finanze, di commercio o d'industria, quando anche appartengano a queste compagnie beni immobili (4) dipendenti dalle stesse intraprese. Tali azioni o interessi sono riputati mobili (5) riguardo a ciascun socio (6), e pel solo tempo in cui dura la società (7).

---

(1) Questo art. che indica i segni caratteristici da quali debbe riconoscersi l'intenzione del proprietario d'immobilizzare un oggetto mobile per sua natura, non è limitativo; la destinazione del proprietario può risultare da qualunque altro segno legalmente provato. Decisione della corte di Bruxelles de' 14 giugno 1821 in Dalloz, art. *choses*.

(2) Si può aggiungere a questa prima parte del testo, le obbligazioni che ànno per oggetto un fatto: Toullier t. 3, n. 20. Da ciò può tirarsi la conseguenza, che indipendentemente dalla massima che la natura delle azioni si detemina dal loro oggetto, *actio tendens ad mobile, mobilis; ad immobile, immobilis;* quella che tende alla consegna di un immobile, in seguito di vendita per esempio, è personale e per conseguente mobile, per la ragione ch'essa consiste in un fatto, *in faciendo*, e che perciò si può risolvere in danni interessi. Voet *ad pandectas, tit. de rer. divis.*, n. 21.

(3) *Le azioni o interessi.* Queste due voci si riferiscono alla società di commercio *in nome collettivo, in commandita o anonima* (Processo verbale del Consiglio di Stato in Locré t. 4, p. 21, n. 22). La voce *interessi* è propria delle societa in *nome collettivo*, nelle quali ciascuno de'soci è tenuto solidalmente a tutte le sociali obbligazioni in faccia a'creditori: l'altra di *azioni* si applica alle società in commandita ed anonime, ove i soci capitalisti non sono obbligati alle perdite se non sino alla concorrenza de'loro capitali: art. 31, 40 e 49 leg. di eccezioni.

(4) Per la ragione che la proprietà degl'immobili che le compagnie o società acquistano non appartengono che all'intrapresa, ch'è un essere morale: ciascun azionario non à dritto che al prodotto attaccato al suo interesse, e per conseguente mentre dura la società non ànno i soci su tali beni alcun particolare dritto per alienarli, ipotecarli ec. Processo verbale in Locré 4, p. 22, n. 22.

(5) Laonde i creditori del socio non potendo avere dritti maggiori del loro debitore, non possono acquistare ipoteca sopra gl'immobili della società nè espropriarli, e neppure chiedere lo scioglimento di essa per fare liquidare la porzione degl'immobili che spetta al loro debitore affin di esercitarvi le loro azioni: essi non possono avere altro dritto se non quello di far sequestro dell'interesse e dell'azione spettante al loro debitore. Per lo contrario disciogliendosi la società per la morte di uno de'soci, art. 1737 n. 3, i creditori dell'erede di lui possono dimandare la divisione della cosa comune per potere soggettare all'espropriazione la parte degl'immobili che può spettare al loro debitore: art. 1206 e 1744.

(6) *A ciascun socio*, e non già per i terzi, i quali possono avere contro la società dei dritti immobiliari. Processo verbale ibid.

(7) *E pel solo tempo in cui dura la società*, giacchè dopo lo scioglimento di essa ogni

Sono egualmente mobili per determinazione della legge le rendite perpetue o vitalizie tanto sullo Stato (1), quanto su' particolari.

453. Qualunque rendita perpetua stabilita in compenso del prezzo di una cosa immobile venduta, o come condizione della cessione di beni immobili fatta a titolo oneroso o gratuito, è essenzialmente redimibile.

È nondimeno permesso al creditore di stabilire le clausole e le condizioni della ricompra.

È parimente permesso al medesimo di stipulare che la rendita non gli possa essere rimborsata se non dopo un certo tempo, che non potrà mai eccedere i trent' anni. Ogni stipulazione in contrario è nulla (2).

---

socio sperimentando i dritti che gli appartengono, può pretendere nella divisione alla parte degl' immobili che dalla società furono acquistati. Processo verbale in Locré 4, p. 25, n. 3 e 4.—Vedi anche Grenier *des hypoteques*, t. 2, n. 163.

(1) Dichiarate *mobili* le rendite sullo stato, si è stabilito che possono darsi in isconto nella *cassa di sconto* tre mesi prima della loro scadenza (*), darsi anche in pegno al banco coll'interesse al 5 per cento all'anno (**), e dividersi in più porzioni (***). A differenza degli altri beni mobili, le rendite sullo stato di qualunque natura perpetue o vitalizie non possono essere sequestrate da'creditori di colui che n'è il possessore (****): come beni mobili le partite inscritte si alienano; anzi la legge à dichiarato atto di commercio le compre-vendite di esse (*****), sostenendole sino al segno di considerare come bancarottiere semplice soggetto alle pene statuite dall'art. 320 leg. pen. il compratore che non ne paghi il prezzo tra cinque giorni dal termine convenuto (******). Ma esse cessano di essere considerate come mobili e diventano inalienabili allorchè sono *immobilizzate* per cauzioni di contabili delle pubbliche amministrazioni o per altri uffici, per impiego di danaro dotale, de'minori, de'comuni, de'pubblici stabilimenti, per costituzione di patrimonio sacro, per dotazione di maggiorati ec., e la forma dell'immobilizzazione è la seguente: 1.° Consenso del proprietario in un atto in minuta rogato da un notaio certificatore; 2.° Esibizione della spedizione di questo atto e dell'estratto della iscrizione alla direzione del Gran Libro, e per essa all'agente del contenzioso, il quale ne fa notamento sul libro maggiore delle *rendite inalienabili;* 3.° Menzione di tal notamento colla indicazione del foglio del libro e firma del direttore nel dorso dello stesso estratto. Vedi il decreto del 5 novembre 1810 ravvicinato col decreto de'22 agosto 1815; e per riguardo a'majoraschi, vedi gli art. 2, 3, 4 e 5 della legge de' 17 ottobre 1822.

(2) Le rendite perpetue e vitalizie sono dichiarate mobili ed essenzialmente redimibili. Per bene comprendere la disposizione di questo art. conviene percorrere la storia delle rendite.

L'enfiteusi è un contratto col quale si acquista il dominio utile di un fondo col peso di un annuo canone. Ne discorreremo nel lib. 3, tit. IX.

Un altro contratto era usitatissimo presso di noi ed era il *censo consegnativo*, che dicevasi *compra di annue entrate*. Era un dritto di riscuotere una certa rendita annua, comprato e costituito sull' altrui cosa fruttifera. Alcuni vogliono ripetere l'origine di questo contratto dalla novella 160 di Giustiniano, ma altri con maggior fondamento sostengono che in tempi posteriori debbesi ripetere l'origine di questo contratto, quando la cristianità cui l'usura era vietata volle trovare modo da ritrarre frutto dal danaro che dava a mutuo. Quindi disputossi tra i giureconsulti ed i teologi se fosse usurario tal contratto, e dal mutuo differente. I pontefici Martino V, *Extravag.* 1, *de empt. et vend.*, Callisto III. *Extrav.* 2. d. *tit.*, e Pio V. *const. cum onus*, il definirono immune dalla usuraria pravità. Ed a petizione del Re Alfonso d'Aragona, il Pontefice Nicola V emanò la bolla *solicitudo pastoralis*, dallo stesso Re confermata nell'anno 1451 con la prammatica I. *de censibus*; ond'è che il censo consegnativo dicesi anche *censo bollare*. Sei condizioni richiedevano Ni-

---

(*) Istruzioni annesse al decreto de' 23 giugno 1818 sulla *cassa di sconto* stabilita ad oggetto di sollecitamente attivare lo sconto delle cambiali, e di altri valori commerciali, onde animare il commercio nazionale.

(**) Rescritto de' 15 settembre 1822.

(***) Decreto del 1 ottobre 1818.

(****) Decreti de'9 febbraio 1824 e 5 gennajo 1826. Art. 5 della legge de'18 marzo 1807, ravvicinato col decreto de' 22 agosto 1815.

(*****) Decreto de'5 maggio 1818, ed art. 3, leg. di eccezioni.

(******) Decreti de'18 maggio e 14 dicembre 1824.

454. Sono eccettuate dalla regola stabilita nell' articolo precedente le con-

---

cola V ed Alfonso: 1.° Che il censo si dovea costituire su cosa immobile, o che si avesse come immobile, come i perpetui officî delle famiglie, i molini, gli arrendamenti, la giurisdizione e cose simili; 2.° Che la cosa fosse fruttifera; 3.° Che fosse certa, in modo da potersi discernere dalle altre; 4.° Che il danaro pel prezzo si pagasse innanzi notaio, o con pubblica fede, o si compensasse con qualche liquido credito; 5.° Che richiedeva il patto *de retrovendendo quandocumque* ad arbitrio del venditore, con pagarsi però il giusto prezzo, non dovendo alcuno perpetuamente soffrire il peso del censo: anzi tal patto era sottinteso, nè valeva alcun patto in contrario, nè prescrizione; 6.° Che la quantità della pensione dovea in certo modo eguagliare la quantità de' frutti sulla cosa addetta al censo. Il prezzo giusto era ne'tempi della Bolla di Nicola V e della prammatica I. *de censibus*, il dieci per cento; ed in processo di tempo diminuì al cinque per cento.

Avevamo ancora il censo reale che dicevasi *riservativo*, che aveva luogo quando una persona dava la sua cosa ad alcuno col patto, che gli si prestasse un annua pensione. Questo contratto differiva dall'enfiteusi, principalmente perchè nel contratto del censo a chi dava la cosa rimaneva il solo dritto di conseguire la pensione, e si trasferiva l'utile e'l diretto dominio; ove nell'enfiteusi l'utile dominio soltanto si trasferiva. Ludovic. Concius *de censibus* part. 1, c. 1, quaest. 1. Gaspar. Rodericus tract. *de annuis et mensuis reditibus* lib. 2, quaest, 22.

Allorchè in Francia si venne alla compilazione del codice civile, nè il progetto del codice, nè le prime discussioni del Consiglio di Stato si occuparono della natura delle rendite, tanto era l'abborrimento contro le prestazioni che risvegliavano l'idea de' *dritti signorili* e di dipendenza. Ma non potendo una materia importantissima sì per gl' interessi dell' agricoltura, che per la circolazione de' beni passare nel silenzio, Cambacérès propose nella seduta del dì 7 piovoso anno XII (28 gennaro 1804) di esaminarsi se conveniva ristabilire l' uso delle rendite fondiarie. Egli e Maleville dimostrando la necessità di conservare queste rendite, le quali non sono essenzialmente feudali, rimontarono all'enfiteusi de' romani, contratto stabilito appunto per mettere a profitto un fondo incolto. I poveri abitanti delle campagne che non ànno danaro per acquistare un fondo, nè altro capitale che le proprie braccia, ricercano volontieri il contratto di rendita fondiaria, perchè gli assicura una proprietà, e che preferiscono senza dubbio all' affitto a lungo tempo, di cui prevedono la fine, ed elasso il quale lasciano le loro famiglia senza asilo sicuro. Dall' altra parte il proprietario di un fondo incolto che nol venderebbe a vil prezzo, trova il suo vantaggio a darlo a coltura, ricevendone un' annua rendita.

Si passò indi alla quistione se conveniva rendere *redimibili* le rendite fondiarie, e si osservò all' uopo, che le vere cause del miglioramento della coltura sono la soppressione delle rendite feudali ed il riscatto delle rendite fondiarie. Questo mezzo à il grande vantaggio che il colono non è privato della speranza di affrancare un giorno la sua prestazione, e sotto questa veduta egli raddoppia l' attività e gli sforzi per fertilizzare le terre ed ottenerne de' beneficî che in seguito lo mettono nello stato di rimborsare la rendita. Che da ultimo conveniva permettere alle parti di stipulare un termine nel quale la rendita non sarebbe riscattata, appunto per assicurare al proprietario per un determinato tempo, una rendita fissa ed invariabile. Il Consiglio nulladimeno rigettò la proposizione di ristabilire le rendite fondiarie. Ma nella seduta de' 19 ventoso anno XII (10 marzo 1804) il rapportatore del progetto propose d' inserirsi nel codice un art. ne' termini medesimi che formano l'art. 530 del codice civile (uniforme all' art. 453 delle nostre leggi) con le parole *qualunque rendita perpetua stabilita* MEDIANTE UN CAPITALE IN DANARO ec., e senza esprimersi se fosse permesso alle parti di fissare le condizioni della ricompra. Bigot-Préaméneau fece osservare che se il codice civile avesse guardato silenzio sulle rendite fondiarie, avrebbero potuto credersi autorizzate in virtù dell'assioma che tutto ciò che la legge non vieta, è permesso. Allora fu che furono proposte due emende all'art. 1.° Che fossero soppresse le parole *mediante un capitale in danaro*: 2.° Che si fosse dato alle parti la facoltà di fissare le clausole e le condizioni della ricompra. Il Consiglio adottò queste emende, e perciò al progetto dell'art. si aggiunse il secondo comma che *è nondimeno permesso al creditore di stabilire le clausole e le condizioni della ricompra*. Trasmesso l' art. alla sezione di legislazione del tribunato, convenne di sopprimersi le parole dall' art. *mediante un capitale in danaro*, per la ragione « che se si lasciassero in questa » disposizione, ne risulterebbe che sia permesso di stipulare che una rendita costituita mediante un capitale in danaro, non sarebbe rimborzata che dopo 30 anni. L'art. 1911, » (uniforme al nostro art. 1783) si oppone a questa disposizione, poichè dice nel § 2, » che in simil caso le parti possono solamente convenire che il riscatto non si farebbe pri-

V. gli art. 1701 e seg.

cessioni a titolo enfiteutico, le quali saranno regolate nel modo che si spiegherà nel titolo IX del III libro (1).

455. L'affrancazione de' censi dello Stato è regolata da leggi particolari (2).

» ma di dieci anni ». — In seguito di queste osservazioni l'art. fu redatto nel modo come trovasi nel codice. Locré 4, p. 41 a 49.

Segue dalle cose fin qui discorse: 1.° Che l'art. 453 dichiara le rendite fondiarie, le quali formavano, secondo i nostri dottori, i censi detti *riservativi*, cose mobili, perchè ànno per oggetto un'annua prestazione in numerario o in cose fungibili, e nell'esercizio del dritto di redenzione il capitale che si soddisfa è mobile di sua natura; 2.° Che queste rendite perpetue sono redimibili di loro natura, e questo è un effetto necessario della loro mobilità; 3.° Ch'è permesso di stabilirsi nel momento in cui vengono costituite, le clausole e le condizioni della ricompra; 4.° Che è permesso di stipularsi che la rendita non possa essere rimborsata, se non dopo un certo tempo che non può eccedere trent'anni, ed ogni stipulazione, in cui fosse convenuto un più lungo termine per la redenzione della rendita, come diretta ad inceppare di troppo la libertà del commercio de' fondi, sarà nulla: in ciò si sono modificati i principî del dritto romano, che non impediva la costituzione su de' fondi di censi perpetui ed irredemibili, arg. l. 4 in fine ff. *de doli et met. except.*, l. 4, ff. *de servitut.*, l. 58, ff. *de pactis*; 5.° Che l'art. 453 è applicabile unicamente alle rendite fondiarie, giacchè quelle che si costituiscono dietro il disborso di un capitale in contanti, sono determinati dagli art. 1777 e seguenti.

(1) In Francia l'enfiteusi rimase confusa con ogni contratto di rendita perpetua prediale; e perchè noi avemmo come dritto comune il codice civile che non conteneva alcuna disposizione sull'enfiteusi, rimase anche presso di noi abolita l'enfiteusi e confusa co' censi prediali per effetto della disposizione dell'art. 530 cod. civ. uniforme all'art. 453 delle nostre leggi civili — Si noti però che presso di noi con miglior consiglio i censi feudali come rendite perpetue furono mantenuti, svestendole soltanto della qualità avventizia di feudali. Laonde colla feudalità mentre vennero abolite tutte le *prestazioni personali sotto qualunque nome venissero appellate e per qualsivoglia titolo* (*), si conservarono le prediali a pro degli ex baroni e de' loro aventi causa, quando potessero provarle con pubbliche scritture o con giudicati della commissione feudale (**). Se non che venne statuito: 1.° Che qualunque rendita perpetua sopra predi, compresa nell'antico fondo avesse a reputarsi *ex feudale* se pure la qualità *allodiale* non apparisse da pubbliche scritture, rimanendo esclusa ogni altra prova; 2.° Che avesse a considerarsi come vero censo *riservativo* e perciò esente da devoluzione e da qualsiasi prestazione a titolo di *laudemio* in ogni passaggio di proprietà, eccetto se la qualità enfiteutica non fosse dimostrata per vie di pubbliche scritture, esclusa pure qualunque altra prova di equipollenza; 3.° Che i debitori di tali rendite *feudali o allodiali fisse o casuali* avessero la facoltà di ricomprarle al 5 per cento sul capitale liquidato; 4.° E che avessero ancora la facoltà di commutare in danaro le rendite perpetue in genere ancorchè enfiteutiche, ma di natura *ex feudali* e non già allodiali, e col consenso del creditore o per via di offerta, con doversi stabilire il capitale in danaro sul coacervo o dietro una estimazione di periti, da una sentenza del giudice locale soggetta all'appello devolutivo e non sospensivo: decreti de' 20 giugno 1808, 16 ottobre 1809 e 17 gennaio 1810. Vedi altresì il decreto degli 11 maggio 1814 con cui si provvide al caso che i debitori di redditi in genere di fondi già feudali bramassero di cangiare la coltura de' fondi medesimi.

(2) Le leggi ed i decreti cennati in questo art. sono i seguenti:

1.° Legge de' 4 maggio 1810, art. 11 e seg. sull'impiego delle cedole in acquisto o in affrancazione di censi:

2.° Decreto de' 17 ottobre 1811, che dispone il modo col quale i censi dichiarati redimibili si possono affrancare in cedole o in contanti a scelta de' debitori:

3.° Decreto de' 26 dicembre 1811, riguardante l'affrancazione o alienazione de' censi dello stato, costituiti dopo il 1 di gennaio 1806:

4.° Decreto de' 6 ottobre 1814, contenente varie disposizioni per l'affranco de' censi e delle rendite costituite, che rimangono in possesso del demanio:

5.° Decreto de' 23 gennajo 1816, perchè i debitori di capitali per rendite di annue entrate nella cassa di ammortizzazione possano affrancarli con la concessione di una eguale rendita inscritta sul Gran Libro:

(*) Art. 6 della legge abolitiva della feudalità del 2 agosto 1806.

(**) Art. 19 e 20 leg. cit.; decreti de' 16 ottobre 1809 e 17 ottobre 1811.

456. Sono mobili i battelli, le chiatte, i navigli i molini e bagni su' battelli, e generalmente ogni fabbrica non fissa sopra pilastri, e che non formi parte della casa. Il sequestro di alcuno di questi effetti può tuttavia, a motivo della loro importanza, essere sottoposto a particolari formalità, come verrà dichiarato nelle *leggi della procedura ne' giudizj civili*.

V. l'art. 196 ll. di eccezioni.

V. gli art. 711 p. c. e 690 l. di ecc.

457. I materiali provegnenti dalla demolizione di un edificio, o raccolti per costruirne un nuovo, sono mobili sino a che sieno impiegati dall' operajo in una costruzione (1).

458. La parola *mobili* adoperata sola nelle disposizioni della legge o dell'uomo, senza altra aggiunta o designazione, non comprende il danaro, le gemme, i crediti, i libri, le medaglie, gli stromenti delle scienze, delle arti e de'mestieri, le bianchierie ad uso delle persone, i cavalli, equipaggi, armi, grani, vini, fieni ed altre derrate; e nemmeno ciò che forma l'oggetto di una negoziazione (2).

459. La parola *mobiglia* non comprende che i mobili destinati all'uso ed all'ornamento degli appartamenti, come le tappezzerie, letti, sedie, specchi, oriuoli, tavole, porcellane ed altri oggetti di questa natura.

I quadri e le statue che fanno parte de' mobili di un appartamento, vi sono anche compresi: ma non vi si comprendono le collezioni de'quadri, che possono essere nelle gallerie o camere particolari.

Lo stesso ha luogo per le porcellane. Quelle solamente che formano parte della decorazione di un appartamento, sono contenute nella denominazione di *mobiglia*.

460. L'espressione di *beni mobili*, quella di *mobiliare*, o quella *di ef-*

6.° Decreto de' 28 maggio 1816 che stabilisce un nuovo metodo per calcolare il prezzo de'fondi vendibili dello stato. Vi si contengono varie disposizioni per l'affrancazione de'censi:

7.° Decreto de'12 agosto 1816, con cui fu stabilito che le disposizioni sulla compra e ricompra de'capitali e censi dovuti alla cassa di ammortizzazione ed allo stato (decreti dei 23 gennaio e 28 maggio 1816), sieno applicabili alla real casa di educazione de'Miracoli.

8.° Decreto de' 28 settembre 1816, che permette l'affrancazione de' censi appartenenti a'luoghi pii ed a' pubblici stabilimenti:

9.° Decreto de' 3 luglio 1818, ch'esclude dall'affrancazione qui sopra espressa i censi ed i capitali di pertinenza ecclesiastica.

(1) Consultando la lettera di questo articolo dovrebbe decidersi che la semplice demolizione di una parte di edificio soggetta a riparazione, come un'ala di muro, un tetto, giugnerebbe a mobilizzare i materiali che ne sono provenuti, benchè non fossero stati che momentaneamente separati dal corpo dell' edilizio; il che potrebbe ammettersi con difficoltà. Sembra dunque necessaria una distinzione tra i materiali destinati alla riparazione e ricostruzione dell'immobile da cui sono provenuti, e quelli che sono stati acquistati per una nuova ricostruzione: i primi sono immobili, ed i secondi mobili. Questa distinzione fondata sulla ragione è positivamente stabilita dalle leggi romane, la cui dottrina Toullier t. 3, n. 19 non esita ad insegnare di doversi seguire. *Infixa et inaedificata pars aedificiorum esse videntur;* l. 21. ff. *de instruct. vel instrum. legat.—Ea quae ex edificio detracta sunt, ut reponantur, aedificii sunt: at ea quae parata sunt ut imponantur, non sunt aedificii*; l. 17, § 10 ff. *de act. empt.*

(2) Questo art. non debbe strettamente prendersi nel senso in cui è redatto. La voce *mobili* può prendere diversi significati secondo il senso della disposizione di cui fa parte, e soltanto non comprende gli oggetti qui indicati, quando non vi è alcuna indicazione che possa farla prendere in un senso piuttosto che in un altro. Così quando nelle disposizioni della legge o dell' uomo la parola *mobili* fosse messa in opposizione con quella d'*immobili*, essa riprenderebbe il suo senso naturale e generale, come se io donassi i *mobili* a Primo e gl' *immobili* a Cajo: Toullier t, 3, n. 25. Di questa teorica ci forniscono esempi gli art. 291, 725, 745, 800, 1095, 1377, 1709, 2009. Vi sono anzi delle disposizioni in cui abbenchè la parola *mobili* sia sola e non in opposizione del vocabolo *immobili*, essa dee non pertanto intendersi di tutt'i *mobili*, o almeno di quelli che sono corporali: art. 132, 375, 723, 744, 787, 1014, 1018, 1029, 1364, 1394, 1413, 1452, 1495, 1503, 1970, 1971, 2185.

fetti mobiliari, comprende generalmente tutto ciò che viene riputato mobile, secondo le regole sopra stabilite.

Qualunque alienazione o altra disposizione tra vivi, o di ultima volontà *di una casa mogliata*, non comprende che la mobiglia.

461. Qualunque alienazione o altra disposizione tra vivi, o di ultima volontà, di una casa *con tutto quello che vi si trova*, non comprende il danaro, nè i crediti ed altri dritti, i cui documenti possono esistere nella casa medesima. Tutti gli altri effetti mobili vi sono compresi.

CAPITOLO III.

De' beni relativamente a coloro che li posseggono.

462. I paticolari hanno la libera facoltà di disporre de' beni che loro appartengono, colle modificazioni stabilite dalla legge.

I beni che non appartengono a' particolari, sono amministrati, e non possono essere alienati se non nelle forme e colle regole che loro sono proprie (1).

---

(1) I beni appartenenti allo Stato (vedi la nota 1, pag. 128) e che sono suscettivi di privata proprietà non possono amministrarsi o alienarsi se non secondo le formalità prescritte. Conviene enunciare le leggi ed i decreti pubblicati durante l'occupazione militare e dopo sulla vendita de' beni dello stato.

1.° Si autorizza la vendita de' beni dello stato, dandosi le norme sulla valutazione, e si dichiarano i vincoli ed affezioni sulle partite di arrendamento trasferite su' fondi: legge de' 2 luglio 1806.

2.° Metodo e regolamento per la loro vendita, abbreviandosi i termini di decima e di sesta, ed eliminandosi gl' incontinenti: dec. de' 21 agosto, legge de' 4 settembre 1806 e dec. de' 14 agosto 1809.

3.° Disposizioni sugl' interessi dovuti da' compratori: dec. de' 17 luglio 1809.

4.° I beni alienati e non pagati non passano nel dominio del compratore, e non sono ipotecabili: dec. de' 9 luglio 1812:

5.° Decreto de' 20 maggio 1815 col quale vengono confermate le vendite de' beni dello stato.

6.° Decreto de' 14 agosto 1815 (art. 15 e 16) col quale è prescritto che il rilascio di tutto o parte del prezzo de' beni dello stato sarà pagato nel termine di sei, o di tre mesi dai compratori: collo stesso decreto furono reintegrati allo stato i beni donati dal governo dell' occupazione militare a titolo di maggiorato e delle assegnazioni di rendite civili dal 1806 in poi; come del pari i possessori de' beni degli emigrati o confiscati furono obbligati a restituirgli agli antichi proprietarj:

7.° Decreti de' 28 febbrajo e 12 marzo 1816 che dichiarano valide le censuazioni e gli affitti:

8.° Decreto de' 28 maggio 1816 che prescrive un nuovo metodo per calcolare il prezzo de' fondi vendibili dello stato:

9.° Decreto de' 18 giugno 1816, relativo allo sperimento dell' azione di lesione per la vendita de' beni dello stato, ed alla prescrizione della medesima:

10. Decreto de' 5 luglio 1816, il quale prescrive che il tesoro riprende amministrativamente il possesso de' beni venduti per mancanza di pagamento, o di residuo di prezzo nelle convenute scadenze:

11. Decreto de' 4 ottobre 1817 che fa un rilascio a' debitori morosi.

12. Decreto de' 27 novembre 1816, che prescrive la formalità delle subaste nella vendita de' beni rustici dello stato:

13. Decreto de' 30 gennaio 1817 che dichiara quali sieno i beni dello stato, ed il modo di amministrargli:

14. Decreto de' 2 marzo 1818, risguardante la vendita de' beni da S. M. conceduti agli stabilimenti di educazione, istruzione e beneficenza:

15. Decreto de' 3 luglio 1818, con cui si prescrive la vendita de' beni dello stato e dei pubblici stabilimenti, esclusi i soli beni ecclesiastici, giusta l'art. 12 del concordato:

463. Tutte le strade che sono a carico dello Stato; i fiumi e le riviere navigabili o adatte a' trasporti; le rive, i siti occupati e quindi abbandonati dal mare; i porti, i seni, le spiagge; e generalmente tutte le parti del territorio del regno non suscettive di privata proprietà, sono considerate come pertinenze del demanio pubblico (1).

464. Tutti i beni vacanti e senza padrone, e quelli delle persone che muoiono senza eredi, o le cui eredità sono abbandonate, appartengono al demanio pubblico (2). Vedi gli art. 684 e 730.

465. Le porte, i muri, le fosse, i bastioni delle piazze di guerra e delle fortezze, fanno similmente parte del demanio pubblico.

466. Lo stesso è de' terreni, delle fortificazioni, de' bastioni delle piazze che più non sono piazze di guerra: essi appartengono allo Stato, se non furono legittimamente alienati, o non ne fu prescritta la proprietà contro lo Stato.

---

16. Decreto de' 31 agosto 1818, relativo alle subaste che debbono aver luogo nella vendita ordinata col precedente decreto de' 3 luglio 1818:

17. Decreto degli 11 gennaio 1819, che fissa il termine in cui debbonsi produrre gli additamenti di decima e sesta rispetto a' beni dello stato:

18. Decreto de' 30 dicembre 1819, sulla necessità della trascrizione de' contratti per acquisto de' beni dello stato:

19. Decreto de' 5 aprile 1824, il quale stabilisce che la trascrizione de' contratti di compra-vendita di tali beni richiesta dal precedente decreto de' 30 dicembre 1819 non sia più forzosa.

20. In quanto all'amministrazione de' beni demaniali si noti, che con decreto de' 27 giugno 1806 fu instituita l'amministrazione de' demani, e le sue attribuzioni vennero determinate con altro decreto de' 31 luglio dello stesso anno. Vedi inoltre i decreti de' 20 e 28 maggio 1808, dei 24 aprile 1809, 12 marzo 1810, 20 gennajo 1811, e 28 ottobre 1813.

Con decreto de' 18 ottobre 1819 fu organizzata l'amministrazione del demanio pubblico, e con decreto de' 26 novembre 1821 venne abolita la direzione generale conosciuta sotto la denominazione di *demanio pubblico*, ordinandosi che le rendite ed i fondi dipendenti dalla direzione generale del demanio pubblico facessero parte dell'amministrazione generale della *cassa di Ammortizzazione*. Ma considerandosi che conveniva determinare un ramo di servizio che rappresentasse il demanio pubblico sotto qualunque rapporto che emergesse da disposizioni emesse nelle leggi civili e da particolari regolamenti di pubblica amministrazione, col decreto de' 20 dicembre 1821 furono dichiarate applicabili all'amministrazione generale della cassa di Ammortizzazione tutte le disposizioni contenute nel capitolo 1 del decreto de' 18 ottobre 1819 riguardante il demanio pubblico. E perciò l'amministrazione generale della cassa di Ammortizzazione assunse a quest'oggetto la denominazione ancora *di amministrazione del demanio pubblico*. Finalmente lo stato attuale dell'amministrazione del demanio pubblico rilevasi dal decreto de' 5 dicembre 1825.

Le quistioni di proprietà tra il demanio ed i particolari sono di competenza de' tribunali, quando non si tratta della esecuzione o della interpretazione di un atto emanato dall'amministrazione: le citazioni sono rilasciate all'Intendente della provincia in cui risiede il tribunale innanzi al quale deve portarsi la domanda: art. 153 e 164 proc. civ., e 5 della leg. sul contenzioso amministrativo dei 21 marzo 1817.

Per l'alienazione ed amministrazione de' beni della chiesa abbiamo discorso nella nota 1 pag. 128, n. 111. Discorreremo dell'amministrazione de' beni comunali nella nota 1, pag. 138.

(1) Il decreto de' 5 dicembre 1825 prescrive che « l'amministrazione generale della » Cassa di Ammortizzazione e del demanio pubblico continua ad essere incaricata del » demanio pubblico compreso quanto trovasi espresso negli articoli 463 e 466 delle leggi » civili ».

(2) È ordinato a' Sindaci, a' percettori ed esattori comunali, ed a' Cancellieri de' tribunali e delle giustizie circondariali di denunziare agl' Ispettori del demanio pubblico i beni divenuti vacanti, fra otto giorni dalla notizia da essi avutane, sotto pena di una multa da 10 a 100 ducati, e de' danni-interessi se vi à luogo: art. 9 del decreto de' 18 ottobre 1819.

467. I beni comunali son quelli, alla proprietà o al prodotto de' quali gli abitanti di uno o più comuni hanno acquistato un dritto (1).

(1) Il territorio delle due Sicilie è diviso in provincie, le quali ne' domini al di là del faro prendono il nome di *valli*: ogni provincia o valle è divisa in distretti, ogni distretto in circondario ed ogni circondario in comuni. Per la circoscrizione del territorio al di quà del faro vedi la legge del 1 maggio 1816 e 'l decreto de' 25 gennajo 1820; pe' domini al di là del faro, vedi i decreti degli 11 ottobre 1817, 16 aprile 1819 ed 8 marzo 1825.
I distretti non ànno beni propri, ma ne posseggono le provincie ed i comuni.

§. 1.

De' beni provinciali.

I beni provinciali consistono:
1.° ne' prodotti delle imposte e sovraimposte addizionali alla contribuzione diretta stabilita ne' modi indicati dalla legge: art. 163 e seg. della legge de' 12 dicembre 1816.
2.° ne' mobili per uso dell' intendenze e sotto-intendenze, il cui acquisto venga dal governo autorizzato: art. 161, n. 3, detta legge.
3.° negl' immobili conceduti dal governo o da' particolari per gli stabilimenti provinciali: art. 161, n. 1 detta legge, e decreto de' 6 novembre 1816.
4.° nelle strade la cui costruzione e manutenzione sono a spese delle rispettive provincie: dec. de' 10 marzo 1827.
5.° ed in generale i beni corporei ed i dritti in qualunque modo acquistati.
Ben si comprende che sino a che questi beni sono destinati all' uso pubblico non si possono nè distrarre nè prescrivere, e trovasi in generale stabilito che le provincie non possono sotto pena di nullità contrarre alcuna obbligazione sia con lo stato, sia co' particolari, se non vi preceda una deliberazione del consiglio provinciale ed il regio assenso, sopra rapporto del ministro degli affari interni, nel modo determinato dalla legge: art. 172 e 173 detta legge.

§. 2.

De' beni comunali.

I beni *comunali* sono anche mobili o immobili. Gl' immobili si distinguono in *patrimoniali* e *demaniali*.
I *patrimoniali* sono quelli la proprietà de' quali spetta al comune, ed il prodotto non appartiene agli abitanti, ma è impiegato dalla loro amministrazione pe' bisogni del comune: tali sono quelli che i comuni danno in fitto, o censiscono per farne versare i prodotti nelle loro casse: art. 180 e 181 della legge de' 12 dicembre 1816. Da ciò vedesi che questi beni sono in commercio e perciò soggetti all' ordinaria prescrizione, art. 2133, eccetto quelli destinati per uso pubblico, finchè dura questa loro destinazione, come gli edifici pubblici, le strade comunali.
I beni *demaniali* poi sono divisi ed assegnati a' naturali del comune mediante la prestazione di un annuo canone a favore del comune medesimo (*), e gli alberi solitari sparsi sulle terre coloniche sono censiti a' rispettivi coloni. Se non che debbono essere riservati: 1.° le terre demaniali all' uso civico di pascolo a pro de' naturali pe' soli animali della loro particolare industria e mediante il pagamento del dritto di fida in beneficio del comune; 2.° i boschi comunali che servono per uso di fuoco ed altri bisogni essenziali degli stessi naturali senza alcun pagamento di fida, e salvo ancora il dritto antico che mai avessero i cittadini poveri di raccoglierne i prodotti fruttiferi: art. 182 e seg. della legge de' 12 dicembre 1816—Or non potendo il demanio comunale avere altra destinazione diversa da quella già indicata, deve inferirsi che sia esso fuori commercio, e perciò la legge lo à escluso eziandio da qualunque prescrizione: art. 176 detta legge. Dopo la sua divisione poi le rispettive quote abbandonate da' partecipanti cui sono state assegnate, ritornano al demanio comunale. S' intendono abbandonate le quote demaniali, qualora si lascino incolte per tre anni consecutivi, o si trovino alienate o ipotecate con atti veri o simulati nel decennio, dalla data del possesso: art. 185 detta legge.
I beni mobili comunali consistono precisamente ne' proventi giurisdizionali.

(*) Vedi i decreti del 1 settembre 1806 e 8 dicembre 1808 per la ripartizione de' terreni demaniali. Decreto de' 22 ottobre 1809, per la divisione de' beni comunali, e dec. de' 10 marzo e 8 luglio 1810, e 29 agosto 1811 per la divisione de' demanj.

468. Si può avere sopra i beni un dritto di proprietà, o il semplice dritto

---

Forme pe' contratti comunali.

I comuni non possono alienare, transigere, contrarre debiti se non osservate le formalità prescritte dagli art. 298, 299, 300 e 301 della legge de' 12 dicembre 1816 così conceputi.

Art. 298 » I comuni non possono acquistare, alienare o censire beni fondi, contrarre o » transigere per l'acquisto di un dritto o per lo scioglimento di un' obbligazione qualun- » que, senza nostro espresso assenso, accordato con un decreto sopra rapporto del ministro » dell' interno, e preceduto da voto comunale, da un provvedimento di espedienza del Con- » siglio d' intendenza, e degli altri selenni richiesti dalla legge.

Art. 299. » Le alienazioni e le censuazioni di beni fondi comunali, esclusa la sola di- » stribuzione delle quote nella divisione de' demanl, debbono essere precedute dall' espe- » rimento dell'asta pubblica; ne' soli casi di vantaggio evidente e giustificato da' pareri in- » dicati nell' art. precedente può dispensarsi da Noi alla solennità della subasta.

Art. 300. » I comuni, ne' debiti che sono autorizzati a contrarre, non possono stipulare » un interesse maggiore del cinque per cento. Quando per urgenze straordinarie dovesse » convenirsi un interesse maggiore, l'eccezione dovrà essere da Noi approvata nella for- » ma indicata nell' art. 298.

Art. 301. » Qualunque atto comunale che contenga in tutto o in parte violazioni delle » forme prescritte ne' tre precedenti articoli, è nullo di dritto, e la sua nullità non può es- » sere coverta nè da sanatorie posteriori nè da prescrizioni legittime ».

I beni de' comuni non possono darsi in affitto se non con le regole che loro sono proprie e contenute negli art. 230 e seg. della legge de' 12 dicembre 1816.

Per la conoscenza delle controversie su' contratti passati co' comuni, la legge del 21 marzo 1817 prescrive così.

§. III. *Contenzioso de' beni dello stato, de' comuni ec.*

Art. 8. » Apparterrà a' giudici del contenzioso amministrativo il conoscere;
» 1.° della validità di tutt' i contratti fatti dall' amministrazione pubblica;
» 2.° della legalità delle solennità adoperate negli stessi contratti;
» 3.° della interpetrazione e spiegazione de' medesimi ».

Questo art. contiene lo sviluppo del principio generale consacrato nel n. 3 dell' art. 5 della citata legge, così conceputo: « non potranno mai appartenere all' autorità del conten- » zioso amministrativo l' esame e 'l giudizio delle azioni civili di qualunque natura; nelle » quali non cada in quistione la legittimità, la validità, o l' interpetrazione di un'atto del- » l' amministrazione pubblica ».

La intelligenza del detto art. viene fissata con rescritto degli 8 gennajo 1824 del tenor seguente: » Sua Maestà volendo fissare la intelligenza del n. 3 dell' art. 5 della legge dei » 21 marzo 1817 sul contenzioso amministrativo, udito il parere del Consiglio ordinario di » Stato, in data de' 23 dello scorso mese in Venezia, si è degnata dichiarare, che nelle » controversie su' contratti passati coll' amministrazione pubblica sieno competenti a pro- » cedere i giudici del contenzioso amministrativo, se si quistioni sulla intelligenza, o esecu- » zione della volontà de' contraenti; e sien poi competenti i tribunali ordinari, quante volte » nelle controversie anzidette si quistioni sulla intelligenza della legge, o dell' applicazione » di essa ad un caso non regolato dalla espressa volontà de' contraenti ».

Forme delle liti de' comuni.

Le forme per le liti de' comuni sono stabilite dalla legge de' 12 dicembre 1816. Eccone gli art. che vi ànno relazione:

Nessun comune può stare in giudizio da attore, se non quando sulla deliberazione decurionale, e l' avviso del Sottintendente vi sia stato autorizzato dal Consiglio d' Intendenza: art. 302.

Il Consiglio d' Intendenza riconoscendo che l' azione che si vuole promuovere sia evidentemente ingiusta, o che possa risultare a danno, anzichè ad utile del comune, o che sia sfornita de' necessarj documenti, niega o sospende l' autorizzazione: art. 303.

Contro la determinazione presa a tal riguardo dal Consiglio d' Intendenza può reclamarsene al Ministro dell' Interno a cui è riservata la risoluzione diffinitiva; art. 304.

di usufrutto, o solamente quello di esercitarvi una qualche servitù prediale.

Qualora si tratti di azione che non sia puramente patrimoniale del comune, ma che in essa coll'interesse comunale sia compreso l'interesse individuale di ciascun cittadino, venendo negato al comune il permesso di sperimentarla in giudizio, può ogni cittadino produrla innanzi a'tribunali, e sostenerla a proprie spese, senza che la decisione possa pregiudicare al comune: art. 305.

Autorizzato il giudizio a norma dell'articolo 302, l'Intendente rimette copia del provvedimento del Consiglio co'documenti giustificativi al procuratore regio presso il tribunale competente, colla indicazione del difensore scelto dal comune. Il procurator regio invigila al cominciamento ed al prosieguo del giudizio, e vi presta il suo ministero a norma delle leggi. Questi due magistrati nel corso del giudizio saranno in corrispondenza tra essi, ad oggetto di procurarsi i lumi necessarj a ben sostenere le ragioni del comune: art. 306.

Qualora il consiglio d'Intendenza conosca più espediente pel comune di transigere sull'azione che vuole intentare, senza impedire il giudizio, l'Intendente ne farà circostanziato rapporto al Ministro dell'Interno, il quale darà le disposizioni opportune per promuovere la transazione: art. 307.

L'Intendente come principal tutore de'comuni può, coll'avviso di espedienza del Consiglio d'Intendenza e coll'autorizzazione del Ministro dell'Interno, fare di uffizio intentare un'azione nell'interesse di un comune, quando anche il suo decurionato vi si negasse: art. 308.

Può inoltre l'Intendente presentare nello stesso interesse, reclamo o appello contro i provvedimenti del Consiglio, o contro le sentenze de'tribunali, quando creda che i dritti comunali ne sieno stati lesi: art. 308.

Nelle cause di competenza de'giudici di pace, il Sindaco, preso l'avviso del decurionato, può comparire, domandare e difendere gl'interessi comunali, senz'altra superiore approvazione: art. 309.

Quando un comune è convenuto in giudizio, il Sindaco non ha bisogno di autorizzazione superiore per sostenerne le ragioni. Egli destina in decurionato un difensore presso il tribunale, e ne dà subito conto all'Intendente: art. 310.

Nelle cause passive de'comuni, finchè non sia nominato il difensore de'medesimi, il procuratore regio ne destinerà uno di uffizio tra'più zelanti che si trovano addetti al tribunale: art. 311.

Le sentenze e le decisioni rese contro i comuni saranno eseguite a norma delle disposizioni particolari esistenti su tale oggetto (vedi qui appresso).

I regj procuratori sono nel dovere d'istruire l'intendente di ogni decisione e sentenza resa da'tribunali nelle cause de'comuni: art. 312.

Quante volte un comune debba agire contro un'amministrazione pubblica, o pure un agente di questa abbia qualche azione a sperimentare contro un comune, le vicendevoli domande co'documenti e le deliberazioni decurionali saranno presentate al Consiglio d'Intendenza, il quale esamina le ragioni di ciascuno, e propone i mezzi economici per conciliare gl'interessi rispettivi. Il provvedimento del Consiglio è rimesso per copia al Ministro dell'Interno ed al Ministro del dipartimento interessato, i quali mettendosi di accordo proporranno fra due mesi alla regia approvazione un piano di convenzione. Il giudizio sarà intentato nelle forme ordinarie, nel caso che fra quattro mesi a datare dal giorno dell'invio delle carte a'Ministri, non ne sia emanata risoluzione definitiva: art. 313.

Il compenso dovuto a'difensori de'comuni sarà liquidato e proposto amministrativamente dall'intendente sul parere del procuratore regio presso il tribunale in cui il giudizio ha avuto luogo, e sarà approvato dal Ministro dell'Interno sul parere del pocuratore generale presso la regia Corte de'conti: art. 314.

Aggiungasi che i privati non possono intentare giudizio contro i comuni, lo stato e le amministrazioni pubbliche se non dopo di aver tentato lo sperimento della conciliazione. Ecco quanto all'uopo prescrivono gli art. 16 e 17 della legge de'21 marzo 1817.

Art. 16. « Apparterrà alle autorità del contenzioso amministrativo l'autorizzare il demanio dello Stato (*), la nostra real casa (**), i nostri reali siti, la direzione de'beni riservati alla nostra disposizione, la direzione de'beni donati reintegrati allo Stato, gli stabili-

---

(*) Il decreto del 26 aprile 1820 prescrive che dovendosi istituire un giudizio dalle amministrazioni dello stato o sue dipendenze, deve in sulle prime esser inteso l'agente del contenzioso; ma l'autorizzazione appartiene al consiglio d'Intendenza.

(**) Il decreto de'2 maggio 1829 à modificato la disposizione di questo articolo in quanto a'beni di casa reale. L'autorizzazione appartiene alla stessa casa reale.

TITOLO II.

DELLA PROPRIETA'.

469. La *proprietà* è il diritto di godere e disporre delle cose nella maniera

menti pubblici, ed i comuni, a formar dimande in giudizio, salvo il disposto nell'art. 304 (vedi la pag. 139) della nostra legge del dì 12 di dicembre del passato anno sull'amministrazione civile ».

Art. 17. « Apparterrà alle stesse autorità di conciliare le amministrazioni enunciate nel precedente art. co'privati, i quali avessero a formar dimande in giudizio contro di esse. A tal effetto i privati, prima di promuovere le loro azioni, saranno tenuti di presentare alle autorità anzidette una dimanda per conciliazione. Ove questa riesca inutile, e lo Stato, la nostra real casa, i nostri siti reali, la direzione de' beni riservati alla nostra disposizione, la direzione de' beni donati reintegrati allo Stato, i comuni e gli stabilimenti pubblici non abbiano volontariamente fatto dritto all'istanza dell'attore, le autorità del contenzioso amministrativo rilasceranno allo stesso, al più tardi fra un mese dalla dimanda presentata, un certificato di non seguita conciliazione. Scorso questo termine, gli attori rimarranno esonerati dalla necessità di produrre innanzi all'autorità giudiziaria il documento della tentata conciliazione. Le autorità suddette dovranno sempre informare i rispettivi nostri segretarj di Stato Ministri dell'esito della conciliazione ».

Forme della rinunzia alle liti.

Il decreto de' 27 agosto 1829 in quanto alla rinunzia alle liti prescrive:

Art. 1. Pe' corpi morali la rinunzia così al dritto di cui è lite innanzi alle autorità del contenzioso giudiziario o amministrativo, come a' gravami di ogni specie prodotti per essi, dovrà seguire colle medesime forme, secondo le quali i corpi morali possono stare in giudizio da attore, sempre che la lite versi sopra proprietà o altro oggetto, l'alienazione della quale è vietata senza il concorso di particolari solennità.

Art. 2. In conseguenza del precedente art., la rinunzia al dritto di cui è lite, o a' gravami, dovrà risolversi:

1.° pe' comuni, da' decurionati e da' consigli d'Intendenza;

2.° per gli stabilimenti di beneficenza, da' consigli degli ospizii e da' consigli d'Intendenza;

3.° per le chiese capitolari o collegiate, o di ordine religioso, dal consenso del capitolo, preso secondo gli statuti di ciascun collegio: l'ordinario rispettivo prenderà parte in questo atto secondo i casi della sua ordinaria giurisdizione;

4.° per le fondazioni senza collegio, dall'assenso del beneficiato e del vescovo, o di altro presso il quale sia la giurisdizione spirituale e temporale. Nella esistenza del dritto di patronato, occorrerà l'assenso de' patroni.

Della esecuzione delle decisioni de' giudici del contenzioso amministrativo.

Da ultimo è da notarsi che le disposizioni relative alla esecuzione delle sentenze e decisioni di cui si parla nell'art. 312 della legge de' 12 dicembre 1816 (v. la pag. 140), sono comprese negli art. 27 a 33 della legge de' 21 marzo 1817 così concepiti:

Art. 27. » La esecuzione delle decisioni pronunziate da' giudici del contenzioso amministrativo apparterrà alle autorità giudiziarie — In questi casi, fermo rimanendo il titolo di cui il creditore agisce per la vendita de' beni mobili, o per l'espropriazione, saranno solo di competenza delle autorità giudiziarie gli atti e gl'incidenti della vendita de' beni mobili e della espropriazione medesima. Dove sorga dubbio fra le parti sulla interpetrazione e sulla spiegazione, o sugli effetti delle anzidette decisioni, le autorità giudiziarie ne rimetteranno il giudizio agli stessi giudici del contenzioso amministrativo, autori delle decisioni ».

Art. 28. « In virtù di decisioni profferite dai giudici del contenzioso amministrativo contro allo stato, alle amministrazioni pubbliche, a' comuni, ed agli stabilimenti pubblici, non si potrà procedere a vendita di mobili, nè ad espropriazione d'immobili, se non dopo elassi tre mesi dalla data della comunicazione della decisione fatta all'Intendente per mezzo di un usciere del Tribunale civile del luogo. In questo intervallo l'Intendente istruirà della decisione

la più assoluta, purchè non se ne faccia un uso vietato dalle leggi o da're-

seguita, così il capo dell'amministrazione corrispondente, come il Segretario di Stato Ministro delle Finanze, se si tratti di crediti contro allo stato; o contro alle amministrazioni che dal Ministro medesimo dipendano; o pure il Segretario di stato Ministro degli affari interni se si tratti di crediti contro a' comuni o contro agli stabilimenti pubblici, sollecitandoli a prendere gli spedienti sul pagamento.

Lo stesso avrà luogo, ove si tratti di sentenze, e decisioni profferite da' giudici del contenzioso giudiziario contro le stesse persone morali enunciate di sopra ».

Art.29. « Ciò nondimeno esse non godranno di questo beneficio ove si tratti di esecuzione di giudicati profferiti, sia dal contenzioso amministrativo, sia dal giudiziario rispettivamente; 1.° sopra azioni di revindica di un immobile; 2.° sopra controversia sulla libertà di un immobile; 3.° sopra quistioni sullo stato delle persone; 4.° sopra restituzione d' indebito esatto per causa di contribuzioni pubbliche, o dazj comunali, o d' indebito esatto per qualunque altra causa, purchè però la somma ripetibile sia stata pagata nel corso dell' anno, che precede il giudicato, e la domanda della esecuzione sia fatta tra un mese, a contare dal giorno, in cui il medesimo è divenuto esecutorio ».

Art.30. « Ne'casi ne'quali ha luogo il beneficio della sospenzione, a'termini dell'art. 28; dove niuno espediente sia stato preso dietro gl'impulsi dell'Intendente, sarà libero al creditore di agire sopra i mobili, ed immobili così dello Stato, che degli stabilimenti pubblici, e de'comuni. Per le Amministrazioni dello Stato, le quali non posseggono mobili, ne'immobili, il creditore si dirigerà su i beni, che l'amministrazione de'demanj possiede nella provincia stessa, i quali s'intenderanno obbligati di dritto a'debiti delle altre amministrazioni fiscali ».

Art. 31. « I creditori dello Stato, e delle amministrazioni pubbliche non potranno reclamare la esecuzione de'giudicati sulla cassa delle percezioni pubbliche, e su quella de'rami de'loro debitori, che nel solo caso in cui il giudicato porti condanna a restituzione d'indebito esatto per causa di contribuzioni pubbliche, ed in conformità di ciò che è prescritto nell' articolo 29, purchè l' esazione indebita sia seguita tra il corso dell' anno, e la esecuzione del giudicato sia domandata tra un mese, a contare dal giorno in cui il medesimo è divenuto esecutorio.

Il nostro Segretario di stato Ministro delle Finanze di accordo con quello di grazia e giustizia, conformandosi al disposto in questo articolo ci sottoporrà immediatamente un progetto di decreto, onde regolare la esecuzione sulle casse delle percezioni pubbliche, e dei rami loro affidati ».

Art. 32. « Quanto a'comuni ed agli stabilimenti pubblici, che mancano di ogni altra proprietà, i creditori immediatamente dopo ottenuto il giudicato, ne daranno communicazione all'Intendente per mezzo di un usciere del luogo. L'Intendente obbligherà gli amministratori locali, ed il decurionato a progettare fra il termine di due mesi gli espedienti, onde pagare il debito. La deliberazione decurionale sarà esaminata, giudicata dal Consiglio d' Intendenza, salvo alla parte il gravame all' autorità superiore competente. Stabiliti che saranno i mezzi, ed i modi del pagamento, la partita sarà di dritto inscritta sullo stato discusso dell' anno prossimo susseguente. L' intendente o gli amministratori locali i quali mancassero agli obblighi loro ingiunti come sopra ne saranno responsabili personalmente.

Se dopo inscritta la partita sullo stato discusso, non segua il pagamento all'epoca determinata, il sindaco ed il cassiere, ciascuno per la parte che lo riguarda, ne saranno personalmente responsabili, e non saranno discaricati di detta risponsabilità, se non dimostrino che il pagamento è stato ritardato per causa invincibile ».

Art.33. « Gli effetti della risponsabilà espressi di sopra contro de'decurioni, de'sindaci, e de'cassieri saranno dichiarati da'Consigli d' intendenza, e contro degl'Intendenti dalla gran Corte de'conti ».

§. 3.

Beni de' stabilimenti pubblici.

1. Vanno sotto tal nome compresi, o sotto l'altro *di stabilimenti di beneficenza di luoghi pii laicali* gli ospedali, gli orfanotrofii, i conservatorii, i ritiri, i monti di pegni, di maritaggi e di limosine, i monti frumentarj, le arciconfraternie, le congregazioni, le cappelle laicali, e finalmente tutte quelle instituzioni, legati ed opere che sotto qualunque denominazione e titolo si trovano o saranno addette al sollievo degl'infermi, degl'indigenti e de'projetti ec.: decreto de'4 aprile 1830, art.2—Istruzioni ministeriali del 20 maggio 1820, art. 2.

golamenti(1).

Hanno essi una propria amministrazione dipendente dal ministro degli affari interni, ed affidata al Consiglio degli ospizi stabiliti ne' capo-luoghi delle rispettive provincie sotto la presidenza dell'Intendente, alle commessioni amministrative comunali composte dal Sindaco o da chi ne fa le veci e da due amministratori, ed a quelle persone che ànno legittimo dritto per governarli: (art. 1, e 3, 4 e seg. 87 e seg. delle citate istruzioni); ma, come sezioni del comune ove son posti, vengono essi per rapporto alla loro amministrazione considerati: art. 15 della legge de' 21 marzo 1817. Laonde i loro beni colle forme presso che simili a quelle stabilite pe' beni patrimoniali de' comuni possono affittarsi censirsi ed alienarsi (art. 53 e seg., art. 64 e seg. delle cit. istruzioni) e com' essi ancora vanno sottoposti all'ordinaria prescrizione: art. 2133.

II. Con decreto de' 4 aprile 1830 si prescrisse che i notaj dovranno dare notizia al sindaco ed al giudice di circondario o al supplente del giudice, nel comune della loro rispettiva residenza, di ogni disposizione che con atti tra vivi o di ultima volontà da essi rogati, o presso di loro depositati, fosse fatta in favore de' poveri, de' luoghi pii laicali, o degli stabilimenti di beneficenza — La notizia ne sarà data con semplice lettera di uffizio.

I giudici di circondario, o i loro supplenti ne' comuni per mezzo del rispettivo giudice trasmetteranno immediatamente al Procuratore del Re presso il tribunale civile della provincia o valle le notizie loro date da' notaj: questo funzionario ne darà subito comunicazione al Consiglio degli ospizi. I sindaci adempiranno altrettanto direttamente coll'Intendente come presidente del Consiglio degli ospizi — Rimarrà poi a carico dello stesso Consiglio il richiedere a' notaj rispettivi le copie degli atti di cui potrà aver bisogno, pagandone loro i corrispondenti dritti, nel tempo in cui è permesso al notajo di estrarle.

I notaj dovranno adempiere le obbligazioni loro imposte, ne' testamenti per atto pubblico, per le donazioni e per gli atti tra vivi, dal giorno della loro stipulazione. Pe' testamenti olografi o mistici, dal giorno in cui seguirà il deposito presso il notaio conservatore.

III. I Decreti de' 27 agosto 1827, 5 settembre 1828 e 5 aprile 1830 dichiarano che non abbia luogo la prescrizione de' crediti e debiti tra un luogo pio ed un altro anche ecclesiastico.

(1) La proprietà individuale è sempre esistita anche presso i popoli che non ànno goduto i vantaggi della civiltà. Il rispetto dovuto a questo dritto è stato sempre un dogma politico presso i popoli governati da buone leggi, ed è lo scopo e 'l fondamento di tutte le società civili.

I limiti di questo lavoro non ci permettono di discorrere la origine, la necessità, l'importanza del dritto di proprietà, e 'l potere dello stato su' beni de' particolari; ciò che à formato oggetto delle profonde meditazioni de' pubblicisti. Diremo soltanto che tutt' i titoli del codice civile non sono che i sviluppamenti delle regole relative all'esercizio del dritto di proprietà; ciò che di già prova di essere la proprietà la base di ogni legislazione, la sorgente di tutte le affezioni morali e di tutt' i godimenti cui è permesso all'uomo di aspirare.

Nel dritto romano la proprietà veniva definita, *jus utendi et abutendi re sua, quatenus juris ratio patitur*. È egli evidente che la definizione del nostro articolo è più esatta. Lo spirito si rifiuta a veder eretto *l'abuso* in *dritto*, e se è tollerato dalla legge civile fin che non nuoce ad altrui, le regole della morale e della legge naturale non debbono permetterlo. E perciò che si è pensato che con queste espressioni, *jus abutendi*, i romani non aveano voluto intendere che *il dritto di disporre della maniera più assoluta*, e che se n' erano solamente serviti in opposizione a queste parole, *jus utendi et fruendi*, con le quali aveano definito l'usufrutto. Discorso di Grenier in Locré 4, p. 98, n. 4.

L'esercizio del dritto di proprietà consiste nella facoltà di fare tutti gli atti che non sono dalla legge vietati, perciocchè è canone della legislazione civile che tutto ciò che la legge non vieta è permesso. In conseguenza il proprietario può: 1.° Godere della cosa e farla servire a tutti gli usi possibili e non proibiti: 2.° Fare tutti gli atti tendenti ad impedire agli altri l'uso della propria cosa e di revindicarla nelle mani di chiunque, poichè in questa facoltà consiste appunto il *jus in re*: 3.° Disporre della cosa, snaturandola, alienandola ed anche consumandola.

Ma è di una ben regolata legislazione regolare l'esercizio del dritto di proprietà, come si regola l'esercizio di tutti gli altri dritti: che perciò quando il benessere generale comanda che il libero esercizio del dritto di proprietà sia limitato, questa limitazione è comandadata da un interesse più potente, al quale deve cedere l'interesse particolare. In conseguenza di questo principio di dritto pubblico l'art. sancisce, che può disporsi della cosa di cui si è proprietario della maniera più assoluta, *purchè non se ne faccia un uso vietato dalla legge o da' regolamenti*.

Nel consiglio di stato di Francia si domandò la soppressione della parola *regolamenti*; ma si rispose con successo che l'uso della proprietà è subordinato non solamente alla leg-

470. Nessuno può essere costretto a cedere una sua proprietà se non per causa di utilità pubblica, e mediante una giusta e preventiva indennità (1).

471. La proprietà di una cosa sì mobile, che immobile, dà diritto su tutto ciò che essa produce, e sopra ciò che vi si unisce accessoriamente, sia naturalmente, sia artificialmente.

Questo diritto si chiama *diritto di accessione* (2).

CAPITOLO I.

Del diritto di accessione su ciò che è prodotto dalla cosa.

V. gli art. 508 e 509.

472. I frutti naturali o industriali della terra, i frutti civili (3), i parti degli animali (4), appartengono al proprietario per diritto di accessione.

---

ge, ma ancora a' regolamenti di polizia, e che il governo dà agli agenti della pubblica amministrazione il dritto di fare regolamenti. Locré 4, p. 63, n. 2—Vedi la legge de 12 dicembre 1816, art. 277 e seg. che dà all'amministrazione civile il dritto di fare regolamenti di polizia urbana e rurale pel benessere generale. Legge de' 20 ottobre 1819 e decreto del 1 gennajo 1820, con cui si erige in amendue i dominii il supremo Magistrato di salute con poteri di fare de' regolamenti sanatarii — Similmente nell'esercizio del dritto di proprietà non istà quello di spiantare un bosco o foresta, per farvi un prato o una vigna: la conservazione de' boschi è un articolo di grande interesse pel bene dello stato e della popolazione, che in tutt' i tempi à eccitato la vigilanza de' legislatori; e perciò il proprietario non può mettersi in opposizione colle leggi e co' regolamenti forestali. Vedi Merlin repert., v. Bois, §. 1: vedi il bando de' 6 febbrajo 1759, la legge de' 20 gennajo 1811, il decreto de' 20 gennajo 1812, e le leggi de' 18 ottobre 1819 e 21 agosto 1826.

(1) I dritti di proprietà privata debbono cedere all'utilità pubblica; ma come le proprietà private non sono meno sacre anche in faccia allo stato, per potersi rilasciare l'art. esige le due condizioni dell' utilità pubblica e della preventiva indennità. L'urgenza ed i motivi di sicurezza pubblica non dispensano il governo dalla condizione della preventiva indennità, come si rileva dalla discussione del consiglio di Stato e da' discorsi degli oratori. Locré 4, p. 63, n. 4, p. 79, n. 7 e 8, p. 87, n. 4, e p. 98, n. 5.

Non ancora noi abbiamo una legge sull'alienazione forzata per causa di utilità pubblica; benvero nell'art. 11 della legge de' 21 marzo 1817, sul contenzioso amministrativo si legge « quanto alle azioni de' privati per essere indennizzati del prezzo delle loro pro» prietà occupate o danneggiate per motivo di pubblici lavori, vi sarà da Noi provveduto » con altra legge particolare »—Solo in quanto al compenso dovuto a' proprietarii di fondi occupati o danneggiati per novelle costruzioni di strade, con rescritto de' 13 settembre 1826 fu approvato un regolamento del tenor seguente:

1. « A misura, che verranno approvati pagamenti per compensi di fondi occupati o dan» neggiati per costruzioni di nuove strade verrà inserito nel giornale, a cura del diret» tore generale de' ponti e strade, un elenco de' proprietarii, a' quali pagasi il compen» so, colle indicazioni della somma del compenso de' fondi a' quali il compenso si riferi» sce, e de' comuni ne' quali i fondi son siti, affinchè possano averne conoscenza i credi» tori ipotecarii, e tutti coloro che a qualunque altro titolo vantano dritto su' fondi stessi.

» Note con eguali indicazioni verranno a cura degl' Intendenti delle provincie affisse » ne' comuni ove son siti i fondi.

2. » Nel corso di un mese a contare dalla data del giornale, i creditori e tutti coloro » che vanteranno diritti su' fondi dovranno comparire innanzi agl' intendenti delle provin» cie, ove son siti i fondi de' quali si paga il compenso, per impedire i pagamenti.

3. » Gl' Intendenti faranno le funzioni di conciliatori, e non riuscendo loro di mette» re le parti in accordo, verseranno le somme nella cassa di Ammortizzazione per rima» nervi in deposito fino alle relative decisioni de' tribunali.

4. » Trascorso il mese, e non essendo alcun comparso ad impedire i pagamenti de' com» pensi, la real tesoreria generale, e le casse delle opere pubbliche provinciali non rimar» ranno ad altro tenute, ed il danaro sarà pagato a' proprietarii de' fondi ».

(2) L. 6, ff. *de acquirendo rerum dominio*; l. 5, § 2, ff. *de rei vindicatione*.

(3) L. 6 e 9 ff. *de acquirendo rerum dominio*.

(4) Il parto degli animali appartiene sempre al proprietario della femmina, poichè *par-*

473. Non appartengono al proprietario i frutti prodotti dalla cosa se non col carico di rimborsare le spese de' lavori, delle fatiche e delle sementi, fatte da terze persone (1). Pel rimborso di queste spese si à un dritto di preferenza: art. 1971.

474. Il semplice possessore fa suoi i frutti percepiti, quando possegga in buona fede (2): in caso contrario è tenuto a restituire i prodotti (3) colla cosa al proprietario che la rivendica. V. l'art. 2174.

475. È possessore di buona fede colui che possiede come proprietario (4) in virtù di un titolo abile a trasferire il dominio, e di cui non sappia i vizj.

---

tus matris conditionem sequitur l. 5, §. 2, ff. *de rei vindicatione*; l. 5 cod. eod.; § 19, Inst. *de rer divis.*

(1) Quando anche le terze persone fossero state possessori di mala fede. *Fructus*, dice la legge 36, §. 5, ff. de hereditatis petitione, *intelliguntur deductis impensis, quae quaerendorum, cogendorum, conservandorum eorum gratia fiunt. Quod non solum in bonae fidei possessoribus naturalis ratio expostulat, verum etiam in praedonibus, sicut Sabino quoque placuit*—Che anzi il possessore di mala fede à dritto di ripetere le spese necessarie non solo per via di eccezione allorchè è convenuto pel rilascio del fondo, ma può ricuperarle per via di azione, anche dopo di aver restituito la cosa. Vedi la bella nota di Gotofredo nella l. 38 ff. *de hereditatis petitione*: art. 1335. Queste spese saranno valutate secondo la prudenza del giudice, d. l. 38 *de petit. hereditatis.*

(2) L. 25, §. 1, ff. *de usur. et fruct.*; l. 48, ff. *de acquir. rer. dom.*, e l. 136 *de reg. jur.* Per dritto romano vi erano de' casi ne' quali il possessore di buona fede era obbligato a restituire i frutti.

1.° Il possessore di una successione, non ostante la sua buona fede, era obbligato a restituire i frutti, fino alla concorrenza di ciò di cui si trovasse più ricco nel tempo della domanda: *In bonae fidei possessore hi (fructus) tantum veniunt in restitutione, quasi augmenta hereditatis, per quos locupletior factus est*; l. 40, §. 1, ff. *de hereditatis petit*. Junge la l. 9, ff. *famil. erciscund.*

Questa eccezione sembra abolita dall'art. 144, il quale dichiara che tutt'i frutti percepiti in buona fede appartengono al possessore dell'eredità. Delvincourt lib. 2, tit. 2, nota 5. Toullier t. 3, n. 110, nota 2, e t. 4, n. 307 a 311. Chabot *traité des successions*, sull'art. 773, n. 6.

2.° La seconda eccezione fu dal giudizioso Domat stabilita ne' seguenti termini: « Se uno » de' soci abbia goduto di un fondo comune alla società, sebbene avesse creduto esserne il » padrone, ed il suo godimento fosse stato di buona fede, non lascerà di essere obbligato » alla restituzione de' frutti per le porzioni de' suoi soci. Così, per esempio, se in una so» cietà universale di tutt'i beni uno de' soci cui un parente o un amico avesse fatto un le» gato, o una donazione di qualche fondo, ne avesse goduto in particolare, credendo per » un errore di dritto che i suoi soci non vi avessero alcuna parte, sarà tenuto, non ostan» te la sua buona fede, di dar loro le porzioni de' frutti di questo fondo, perchè la loro socie» tà rendendolo comune, il dritto di questo socio era ristretto alla sua porzione, e la sua » buona fede che non avea per fondamento se non un errore di dritto, non era per lui un » titolo da poter godere delle porzioni degli altri ». Egli cita la l. 38, §. 9 ff. *de usur*, e l. 38, §. 1, ff. *pro socio*. Lib. 3, tit. V, sez. 3. — Nulla di contrario contiene il codice a questa dottrina.

(3) Val dire che il possessore di mala fede non solo è tenuto alla restituzione de' frutti de' quali non ha goduto, ma se per la sua assenza, o per trascuraggine e per mancanza di coltura abbia cessato di godere del fondo di cui era in possesso, o se non ne abbia ricavato che una parte di ciò che il fondo poteva produrre essendo coltivato, sarà tenuto anche al valore de' frutti che un buon padre di famiglia avrebbe potuto percepire. *Fructus non modo percepti, sed et qui percipi honeste potuerunt, aestimandi sunt*, dice la legge 33, ff. *de rei vindic.*

Gli eredi del possessore di mala fede, ancorchè posseggano in buona fede, sono tenuti alla medesima restituzione di quelli a' quali succedono, stantechè rappresentandoli in tutt'i dritti, soggiacciono anche a' pesi. Così decide la legge 2, cod. *de fruct. et lit. expens.*, e questa decisione è confermata dal suffragio di Domat lib. 3, tit. 5, sez. 3, n. 14, Perezio lib. 7, tit. 51, n. 3, e da altri giureconsulti. Ma in quanto all'inconveniente risultante dal cumolo di un gran numero di anni, l'art. 2183 il cui spirito è quello di prevenire la rovina del debitore, vi à provveduto dichiarando prescrittibile con cinque anni qualunque annuo reddito.

(4) *Opinione domini*, l. 22, §. 1, ff. *de noxal. act.*, l. 21, C. *de furt.*

V. l'art. 221. p. c. Cessa di esser possessore di buona fede dal momento in cui tali vizj sono a lui noti per la dimanda del proprietario anche in conciliazione (1).

CAPITOLO II.

Del diritto di accessione sopra ciò che si unisce o s'incorpora alla cosa.

476. Tutto ciò che si unisce e s'incorpora alla cosa, appartiene al proprietario, secondo le regole che saranno quì appresso stabilite.

SEZIONE I.

Del dritto di accessione relativamente alle cose immobili (2).

477. La proprietà del suolo comprende ugualmente la proprietà della superficie e della parte sottoposta (3).

---

(1) Era una grave controversia per dritto romano, se il possessore dovesse reputarsi di mala fede prima della istanza, poichè sembravano contraddittorie le leg. 48 §. 1. ff. *de adquir. rer. dom.*, e la leg. 25, §. 2. *de usur. et fruct.* Il savio Domat, meritamente chiamato da Boileau il ristauratore della ragione nella civile giurisprudenza, stabilì la regola che la buona fede non è interrotta che dalla domanda. « Il possesso, egli dice, di » colui che possiede di buona fede à questo effetto, che durante la sua buona fede gode » e si appropria i frutti che raccoglie, e non solo quelli che provengono dal fondo per la » sua industria, ma eziandio quelli che il fondo produce senza coltura. Dapoicchè, siccome si è osservato in altro luogo, la sua buona fede sta in luogo della verità, e fa che si » consideri egli stesso padrone, e che tale debba essere considerato, *finchè questa buona* » *fede non è interrotta da alcuna domanda;* ma restituirà i frutti percepiti dopo la domanda, perchè questa domanda avea fatto cessare la sua ignoranza del dritto del padrone, » la quale era la causa della sua buona fede ». Lib. 3, tit. 7, sez. 3, n. 5.

Questa dottrina non fu seguita dal codice francese, il cui art. 450 2.° comma prescriveva così: *cessa di essere possessore di buona fede dal momento in cui tali vizi sono a lui noti.*

Sulla discussione di questo art. nel Consiglio di Francia, Maleville osservò che « la regola stabilita è troppo vaga: dessa farebbe nascere delle contestazioni sul momento in » cui la buona fede del possesore è cessata. La giurisprudenza le previene con una regola » più precisa: essa reputa il possessore di buona fede fino alla interpellazione giudiziaria ».

» Treilhard risponde che questa giurisprudenza non è universale: si seguiva più ordinamente il principio posato dall'art. Non è in effetti che dalle circostanze che si può giudicare quando il possessore à cessato di essere di buona fede ».

Cambacérès parteggiò questa opinione, e l'art. fu adottato. Locrè 4, p. 65, n. 4.

Ma secondo il codice francese quando si presumeva ch'erano noti al possessore i vizi del suo possesso? Tale quistione, osservava Toullier t. 3, n. 76, rimessa alla prudenza dei giudici poteva dar luogo a molte liti che l'antica giurisprudenza preveniva. Oltre di che, continua lo stesso scrittore, l'art. 550 (475) non è consentaneo alle altre disposizioni del codice (art. 1107) le quali non ammettono gl'interessi che dal giorno della domanda; poichè i frutti e gl'interessi sono in sostanza la medesima cosa.

In queste giudiziose osservazioni troviamo i motivi pe' quali il nostro legislatore attenendosi a' principj della giurisprudenza romana, à stabilito nel secondo comma dell'art. in esame, che cessa di essere il possessore di buona fede *per la domanda del proprietario anche in conciliazione*

Questa regola non è senza eccezione. Vi sono de' casi in cui i frutti o gl'interessi sono dovuti prima della domanda, e decorrono *ipso jure* per disposizione della legge. La enumerazione di questi casi è da noi esposta nelle osservazioni all'art. 1107.

(2) Il dritto di accessione sulle cose immobili è notabile soprattutto relativamente alle piantagioni, agli edifizi ed alle costruzioni, alle acque ed alle sorgenti che scorrono sulla superficie del suolo, ed a certe specie di animali.

(3) *Cujus est solum ejus est usque ad coelum.* Vedi la leg. 1 in princ. ff. *de servit. praed. urban.* In conseguenza di questa massima se viene fabbricato sulla superficie comune, l'edificio rimane comune e ciascuno de' condomini può revindicare la sua parte, pagando la quota delle spese; l. 16 cod. *de rei vindic.*, e l. 4 cod. *de edificiis privatis.*

Il proprietario può fare sopra il suo suolo tutte le piantagioni e costruzioni che stima a proposito; salve le eccezioni stabilite nel titolo *delle servitù prediali.* V. gli art. 562, 565, 568, 569, 582 a 584, 592, 595, 596, 603.

Può fare al di sotto tutte le costruzioni e scavamenti che crederà a proposito, e trarre da questi tutti i prodotti che ne pervengono; salve le modificazioni risultanti dalle leggi e da' regolamenti relativi alle miniere (1), e dalle leggi e da' regolamenti di polizia.

---

(1) Per dritto naturale le miniere esistenti in un terreno fanno parte del terreno stesso, ed è libero al proprietario del fondo di estrarne le sostanze minerali, come è in suo arbitrio di tagliarne le erbe, e di coglierne i frutti.

Questa massima di dritto naturale fu riconosciuta dal dritto positivo.

Sotto la repubblica romana, e nel tempo de' primi imperadori, le mine erano interamente di *dritto privato*; il proprietario del fondo ne avea il dominio libero indipendente, assoluto. La legge 7, §. 17, ff. *soluto matrimonio*, le leggi 2 e 6, ff. *de adquirendo rerum dominio*, e'l §. 19 delle instituta *de rerum divisione*, sono su di ciò formalissimi.

In seguito le miniere furono considerate come oggetti *di dritto pubblico*; non perchè gl'imperatori se ne avessero attribuito la proprietà, ma questa parte della richezza dello stato parve troppo interessante perchè lo stato stesso se ne riserbasse la polizia, ed abbastanza fruttifera perchè ne dividesse il vantaggio co' particolari. È da questo punto di veduta che partirono tutte le leggi degl' imperatori. Le une, come la 1. 2. 8. 13. e 14. cod. Theodos.; e le leg. 3. e 6. C. *de metallariis* risguardano il sistema delle miniere. Le altre, come le leggi 3. 4. 10. e 11. C. Theod., e le leggi 1. 2. e 4. C. dello stesso titolo, determinano il dritto del decimo dovuto al fisco sui i prodotti delle mine, e ne regolano la percezione. Niente adunque nell' ultimo stadio della legislazione romana vi era di più idoneo a conciliare l'interesse del governo con quello della proprietà privata.

Le miniere di argento furono riputate regalie da Federico I in una sua costituzione, inserita nella collezione degli usi feudali: *feud. lib. 2, tit. 52.* Ma presso di noi i monumenti della patria legislazione non ci offrono alcuna legge particolare sulle miniere, se non che in un capitolo del Re Carlo II nell'atto che dassi il tesoro all'inventore secondo le regole del diritto romano, se ne eccettuano le miniere e le saline, riportandosi ad antiche usanze: *Capit.* QUIA NON DECET, *tit. de thesauris.* Fu perciò che nella camera della Sommaria addivenne oggetto di grave dibbattimento a'tempi di Afflitto, il quale attesta che in quel tribunale, in contraddizione de' fiscali, cinque giudici della camera e del sacro consiglio opinarono di essere le miniere esistenti ne' fondi de' privati, di proprietà de' medesimi (decis. 321), tranne il dritto di estrarre il sale ch'era solo di privativa del governo.

I rapidi progressi fatti dall' Europa ne' secoli 18 e 19 nell' agricoltura, nel commercio e nelle arti e quindi in ricchezza ed in popolazione, ànno reso sempre più necessarî i provvedimenti governativi sul genere d' industria che strappa i minerali dalle viscere della terra. Abbraccia essa non soltanto le miniere de' metalli preziosi, eziandio quelle che ci procurano marmi, sal borace, allume e 'l carbon fossile, la cui importanza andrà sempre aumentando, poichè nelle arti tutte il calore è l'agente, il motore il più efficace. Il legislatore perciò nel codice civile riportandosi per le miniere a leggi e regolarmenti particolari, à posteriormente emanata una legge sulla ricerca e su lo scavamento delle miniere, che bisogna qui riportare per esteso.

Delle miniere. Legge de' 17 ottobre 1826.

» Art. 1. Le miniere tanto metalliche, che semimetalliche del pari che il carbon fossile, i bitumi, l'allume ed i solfati a base metallica, potranno essere cavate liberamente e senza bisogno di alcuna nostra concessione, da' particolari proprietarj de' fondi nei quali si rinvengono; e potranno ciò eseguire tanto per se stessi, quanto per mezzo di altri.

» Art. 2. Quante volte in un fondo di proprietà privata vi siano segni patenti che secondo i principii di mineralogia indichino la esistenza di una miniera delle sostanze espresse nell'articolo precedente, ed il proprietario del fondo nè per se stesso, nè per mezzo di altri ne curi lo scavo, in tal caso potrà farsene da Noi la concessione a chi la domanderà, purchè abbia le circostanze contenute negli articoli seguenti, e dopo che sarà stato dato un termine conveniente al proprietario per intraprenderne lo scavo, e questo elasso, non abbia adempito. Il concessionario però sarà tenuto a dare un compenso al proprietario del fondo, da convenirsi o da arbitrarsi dal giudice.

478. Qualunque costruzione, piantagione ed opera sopra un terreno o nell'interno di esso, si presume fatta dal proprietario a sue spese, ed essere di

---

» 3. Le disposizioni contenente ne' due precedenti articoli avranno anche luogo per le
» miniere che si rinvengono ne'fondi de'comuni, de'luoghi pii e de'pubblici stabilimenti.
» 4. Essendo i denotati corpi morali sotto la nostra tutela, gli amministratori o titolari,
» prima d'imprendere qualunque operazione, per mezzo delle autorità competenti ci fa-
» ranno pervenire la proposizione dettagliata, onde conoscere la utilità della impresa.
» 5. Se le miniere delle sostanze espresse nell'articolo primo si rinvengono ne'fondi dello
» stato, o del demanio pubblico, non potranno scavarsi senza una special nostra concessione.
» 6. La concessione sarà da Noi accordata per quella durata di tempo e con quelle con-
» dizioni che stimeremo opportune, avuto riguardo alla qualità della miniera ed alle cir-
» costanze del concessionario.
» 7. Ogni persona può domandare e può ottenere ove a Noi piaccia, la concessione di
» una miniera che si rinvenga ne'fondi dello Stato e del demanio pubblico, sia che il pe-
» tizionario agisca isolatamente, sia che si trovi unito in società con altri.
» 8. Chiunque farà la domanda della concessione di una miniera, dovrà preliminarmen-
» te dimostrare di avere la facoltà ed i mezzi sufficienti per intraprendere e condurre i
» lavori, come pure di poter adempiere tutte le condizioni che saranno imposte nella con-
» cessione. Dovrà parimente obbligarsi di pagare le indennità a' possessori de'fondi con-
» tigui, quante volte venisse ad arrecare danni a' medesimi.
» 9. Accompagnerà alla domanda una pianta del fondo in cui esiste la miniera. Questa
» sarà formata in una scala di due once per trecento canne, e sarà verificata per mezzo
» di un ingegnere che sarà a ciò destinato.
» 10. Gl'inventori e gli scopritori delle miniere saranno sempre preferiti, qualora in
» essi concorrano le circostanze espresse nell'art. 8. Quante volte la concessione si facesse
» ad altri, avranno dritto ad avere dal concessionario una indennità che sarà da Noi de-
» terminata, secondo i diversi casi che si presenteranno.
» 11. Le dimande per ottenere una concessione di miniera saranno presentate al nostro
» ministro segretario di stato degl'affari interni ne' domini di quà del faro, ed al nostro
» luogotenente generale ne' domini al di là del faro. Tanto l'uno che l'altro per mezzo de-
» gl'intendenti faranno emanare gli affissi nel capo luogo della provincia o valle, nel ca-
» po-luogo del distretto, e nel comune, nel di cui territorio esiste la miniera. Questi affissi
» dovranno rimanere per un mese, tra il quale chiunque avesse dritto di opposizione a fare,
» potrà presentarla all'Intendente, da cui sarà trasmessa al nostro ministro segretario di
» stato degli affari interni o al luogotenente generale per essere a Noi presentata.
» 12. Ove richiami non si producano, o prodotti sieno dichiarati insussistenti, sarà fatta
» da Noi la concessione, nella quale sarà espressa la qualità della miniera, il sito ove esi-
» ste, la durata della concessione, e tutte le altre condizioni che Noi stimeremo conve-
» vienti.
» 13. Se nel corso di anni due il concessionario non avrà incominciato i travagli, s'in-
» tenderà decaduto, salvo a Noi di fissare il termine di piena operazione mineralogica.
» 14. Non potrà il concessionario trasferire ad altri sotto qualunque titolo la miniera,
» senza nostro permesso, a pena di decadimento.
» 15. Il prosieguo dello scavo delle miniere, tanto di quelle che si rinvengono ne'fondi
» de'privati, de'comuni, de'luoghi pii e degli stabilimenti pubblici, quanto di quelle con-
» cedute ne'fondi dello stato e del demanio pubblico, potrà essere fatto, ancorchè s'im-
» metta successivamente in altri fondo contigui, senza che i proprietari di questi possa-
» no impedirlo: sarà però dovuto a tali proprietarj un compenso corrrispondente da con-
» venirsi o da arbitrarsi dal giudice.
» 16. Le miniere di salegemma fossile ne'nostri dominii di quà del faro non sono com-
» prese nella presente legge, perchè fanno parte de'nostri reali demanii.
» 17. Neanche si comprendono nelle disposizioni della presente legge le miniere di zol-
» fo, di gesso, gli scavamenti di pietre, di marmi, graniti, arene, crete, argille, pozzola-
» ne, lapillo e di tutte le altre sostanze non espresse nell'art. 1. Per queste si proseguirà
» quanto finora si è praticato.
» 18. Le quistioni relative ad indennità per danni causati, ove le parti non convenissero
» tra loro, saranno arbitrate dal giudice.
» 19. I minerali di oro e di argento, e tutti gli altri metalli non potranno essere tra-
» sportati all'estero, se non sieno stati prima ridotti in metallo ne'nostri reali dominj.
» 20. Coloro che rappresentassero dritti su'fondi ove si rinvengono le miniere sia per
» ragion di crediti, sia per qualunque altra causa, li conserveranno a norma delle leggi,

sua appartenenza, finchè non consti il contrario; però senza pregiudizio della proprietà che un terzo vi abbia acquistata (1).

479. Il proprietario del suolo, che ha fatto costruzioni, piantagioni ed opere con materiali altrui, dee pagarne il valore: può anche esser condannato, ove siavi luogo, al risarcimento de' danni e degl'interessi: ma il proprietario de' materiali non ha dritto di riprenderli (2). V. l'art. 502.

480. Allorchè le piantagioni, costruzioni ed opere sono state fatte da un terzo e con suoi materiali, il proprietario del fondo ha diritto o di ritenerle, o di obbligare colui che le ha fatte, a levarle.

Se il proprietario del fondo domanda che sieno tolte le piantagioni e costruzioni, verrà ciò eseguito a spese di colui che le ha fatte, senza alcuna indennità a suo favore. Potrà egli essere in oltre condannato, ove siavi luogo, al risarcimento de' danni e degl'interessi per quel pregiudizio che il proprietario del fondo potesse aver sofferto.

Se il proprietario preferisce di conservare le piantagioni e costruzioni, dee rimborsare il valore de' materiali e del prezzo della mano d'opera, non avuto riguardo al maggiore o minore aumento di valore che il fondo avesse potuto ricevere.

Ciò nondimeno se le piantagioni, costruzioni ed opere sono state fatte da

---

» e le quistioni che su di ciò potessero insorgere, saranno della competenza de' tribunali » ordinari.

» 21. Le società che si facessero per lo scavo delle miniere, saranno regolate a norma » della legge: e parimente per qualunque litigio insorgesse tra i soci dovranno adirsi i » tribunali ordinari. ».

(1) *O che potrebbe acquistare colla prescrizione, sia di un sotterraneo inferiore alla casa d'altri, sia di qualunque altra parte dell'edifizio*, aggiungeva il corrispondente art. 553 del codice francese. La soppressione di queste parole nel nostro articolo dimostra che il proprietario del fondo, benchè in generale garantito dalla presunzione di appartenergli tutte le piantagioni, costruzioni ed opere che vi si trovano, non potrà di tal presunzione giovarsi, se un altro vi abbia acquistato un dritto di proprietà non solo per *prescrizione*, ma in qualunque altro modo.

(2) Per impedire che le rovine delle case rendessero spiacevole l'aspetto della città, le leggi delle dodici tavole aveano stabilito che *ne quis tignum alienum aedibus suis junctum eximere cogâtur, sed duplum pro eo prestet*; vedi la l. 7, § 10 ff. *de adquirendo rerum dominio*.

In quanto alle piantagioni il dritto romano facea una distinzione. Se l'albero altrui piantato sul mio suolo vi à formato le radici, *radices egerit*, diventa da questo momento di mia proprietà, per la ragione che formando parte del suolo, appartiene al proprietario del suolo per dritto di accessione; ma se viene l'albero reclamato prima di consolidarsi nel suolo col mettere le radici, così che può togliersi senza danno e ripiantarsi sopra un altro suolo, in questo caso non vi è ragione per attribuire dall'istante della piantagione la proprietà al padrone del suolo l. 7, §. 13 ff. *de adquirendo rerum dominio*. Questa distinzione fondata sull'equità sembra al Toullier t. 3, n. 127, ed a Delvincourt lib. 2 tit. 2, nota 35, interamente conforme allo spirito del codice; sebbene potrebbe osservarsi in contrario che la sola verifica se l'albero abbia o no preso radice sarebbe un motivo di liti con detrimento dell'agricoltura e danno delle parti. *Togliere gli alberi*, disse il Tribuno Faure (in Locré 4, p. 89, n. 13) *sarebbe sovente distruggerli. L'equità non permette di rendere il male per male, e sovente il risultamento sarebbe sterilissimo per colui che si sarebbe così vendicato.*

In ogni caso il proprietario del suolo deve pagare al proprietario della pianta o de' materiali il valore, e se non può eseguire questo pagamento si vende la cosa, ma non può colui ch'era proprietario della pianta o de' materiali pretendere che si strappino dal suolo, come osservò nel suo rapporto il Tribuno Faure in Locré 4, p. 89, n. 13. Oltre il valore il proprietario può essere condannato, *se vi a luogo*, à danni-interessi, quando non abbia agito con buona fede; che anzi se le circostanze sono di tale natura da far credere che abbia avuto intenzione di rubare gli alberi o i materiali, sarebbe perseguitato come colpevole di *furto*, e punito come tale. Faure ibid., ed art. 502.

un terzo che abbia sofferto evizione, e che, attesa la sua buona fede, non sia stato condannato alla restituzione de' frutti, il proprietario non potrà domandare che sieno levate dette opere, piantagioni e costruzioni; ma potrà scegliere o di rimborsare il valore de' materiali e del prezzo della mano d'opera, ovvero di pagare per quanto è stato aumentato il valore del fondo (1).

---

(1) Vedi le leggi 37 e 38 ff. *de rei vindic.*, e l. 7, § 12 *de adquirendo. rerum dominio.*

I. È chiaro che secondo i primi due commi dell'art. per *terzo* la legge intende colui che precariamente o anche per temporaneo dritto possedeva il fondo nel quale sono state fatte le costruzioni o le piantagioni. Tale sarebbe l'usufruttuario, o chiunque altro che per piacere o capriccio le avesse eseguite. E perciò che l'art. 524 nega all'usufruttuario il dritto di reclamare le indennità pe' miglioramanti che pretendesse di aver fatti. Il fittajuolo non può ripetere che il prezzo delle riparazioni o altre spese necessarie: vedi Pothier *de louage*; Domat lib. 1, tit. IV, sez. 6, n. 5: Brunnemanno sulla l. 55 ff. *locati conduct.*

Se poi le piantagioni, le costruzione ed opere sieno state fatte da un terzo *il quale abbia sofferto evizione*, il proprietario non può domandare che sieno tolte. La legge intende parlare del possessore di buona fede, e per non aprire una folla di difficoltà, come si espresse il Tribuno Faure (in Locré 4, pag. 89, n. 14) che non mancherebbero di nascere se la buona fede potesse essere stabilita con ogni specie di pruova, non ammette altra pruova, che quella risultante dalla stessa sentenza di evizione, con cui *il possessore non sia stato condannato alla restituzione de' frutti*. L'ultimo comma dell'art. deve adunque essere inteso uniformemente agli art. 474 e 475.

II. Ulpiano decide nella legge 37 ff. *de rei vindicatione*, conformemente al parere di Giuliano, che le piantagioni ed opere utili eseguite sul fondo si debbono indennizzare al possessore di buona fede, se sieno state fatte in tempo in cui continuava la buona fede, così che non à dritto a ritenere il fondo e ripetere il rimborso di quelle fatte dopo che fu messo in mala fede, salvo la facoltà di asportarne i materiali.

III. Secondo la legge 48 ff. *de rei vindicatione* il rimborso delle spese utili dovuto al possessore di buona fede debbe limitarsi alla somma che non giunge a restar compensata coi frutti percepiti: sebbene fosse stata una grave controversia tra i dottori, se la compensazione dovea aver luogo su' frutti percepiti *ante litis contestationem, o a lite contestata*. Ed il Voet illustrando questa legge esaminò la grave quistione, se le spese utili fatte dal possessore di buona fede dovessero per la quantità concorrente compensarsi almeno co' frutti ritratti colle stesse opere di miglioramento; su d. titolo, n. 39—L'una e l'altra quistione sono svanite sotto l'impero del codice civile, perciocchè l'art. 474 accorda al possessore di buona fede i frutti percepiti, e l'art. in esame prescrive che al possessore che à percepito in buona fede i frutti si paghino le spese utili di piantagione.

IV. Ma quali sono le spese che debbono rimborsarsi al possessore evitto? In sulle prime è da notarsi che la legge non conceda alcuna indennità al terzo possessore, se non per quelli miglioramenti che provengono dal fatto suo; giacchè i miglioramenti naturali, come l'alluvione non danno luogo ad alcuna indennità in favore del terzo possessore; l. 29 §. 1 ff. *de pignor et hypot.*

Per i miglioramenti che la cosa à ricevuto per fatto del terzo possessore, la legge accorda al proprietario la scelta di pagare le spese o i *miglioramenti, quatenus pretiosior res facta est*. Se la spesa ecceda il miglioramento, al proprietario giova più pagare il maggior valore che à acquistato il fondo; se il miglioramento ecceda la spesa, è per lui più vantaggioso pagare le spese.

Ma qui è necessario di rammentare la distinzione delle spese in *necessarie, utili e voluttuose*, distinzione ammessa dalla l. 1. in princ. ff. *de imp. in res dotal. fact.*

Le spese *necessarie* sono quelle che hanno per oggetto la conservazione della cosa e che non la fanno perire: *Impensae necessariae sunt, quae si factae non sunt, res peritura aut deterior futura sit*, (l. 79 ff. *de verbor signif.*). . . . . *Veluti ageres facere, flumina avertere, aedificia vetera fulcire, itemque reficere, arbores in locum mortuorum reponere*: l. 14 ff. *de impensis in res dot.*

Le spese *utili* sono quelle che ànno non solamente per risultamento la conservazione della cosa, ma benanche il suo miglioramento: UTILES IMPENSAS, *Fulcinus ait, quae meliorem dotem faciunt, non deteriorem esse sinant*; l. 79, §. 1 ff. *de verb. signif.*

Finalmente le spese *voluttuose* sono quelle che ànno per oggetto l'abbellimento della cosa: *Quae ad voluptatem facit et quae facies exornant*, dice la l. 7 ff. *de impensis in res dot.*, o come dice la legge 79 §. 2 ff. *de verb. signif.* VOLUPTARIAE *sunt, quae speciem dumtaxat, non etiam fructum augent.*

481. Le unioni di terra e gl'incrementi che formansi successivamente ed impercettibilmente ne' fondi posti lungo le rive de' fiumi o delle riviere, chiamansi *alluvioni*.

Oltre queste spese vi sono quelle di manutenzione ordinaria, come sarebbero la coltivazione della terra, il nettamento de' fossati, i lavori di giardini, ed altri piccoli accomodi che si reputano fatti *fructuum causa*; l. 12 e 15 *de impens. in res dot.*

Si vede bene che la scelta che l'art. accorda al proprietario riguarda le spese *utili*, poichè le spese *necessarie* si debbono sempre pagare al terzo possessore evitto, abbiano o pur no migliorato il fondo.—Ciò che si è speso per voluttà non si rimborsa, ben vero può riprendersi dal terzo possessore, laddove il fondo non ne soffra pregiudizio.

V. Il possessore di buona fede evitto non può essere obbligato di rilasciare il fondo senza la preventiva indennità pe' miglioramenti fattivi. Da ciò sorge la necessità di tener di proposito discorso del dritto di *ritenzione*.

Del dritto di ritenzione.

Noi procureremo di dimostrare con le disposizioni più precise delle leggi antiche e nuove, confermate dall' autorità de' più accurati scrittori e dalle decisioni più memorabili nel foro, che ogni qualvolta il possessore di un fondo è obbligato a rilasciarlo, à il dritto di di mantenersi nel possesso sino al rimborso delle spese e miglioramenti; e questo dritto è chiamato *di ritenzione*.

Il dritto di ritenzione si esercita tanto su' mobili che sugl' immobili.

Ritenzione su' mobili.

1.° Il creditore pignorista à il dritto di ritenere la cosa datagli in pegno, fino a che non gli viene pagato il credito pel quale gli è stato dato il pegno: art. 1952. Egli à pure questo dritto, secondo il 2.° comma del citato art. per qualunque altro credito posteriore alla tradizione del pegno, quantunque la cosa datagli in pegno non fosse sottoposta al secondo credito colla stipulazione. Vedi la legge unica cod. *etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri posse.* Fabro cod. lib. 8, tit. 16, defin. 1, e seg. Perezio su detto titolo.

2.° Il depositario à il dritto di ritenere il deposito sino all' intero pagamento di tutto ciò che gli è dovuto per causa del deposito stesso: art. 1820. Vinnio, *quaest. select.*, lib. 1, cap. 5.

3.° Gli artefici che ànno renduto migliore una cosa per mezzo della loro opera, ànno egualmente il dritto di ritenere questa cosa. Voet *ad* pandec. tit. de *compens.*, n. 20. Pothier *proced. civ.* pag. 197, ed. Dupin. Persil sull' art. 2102, § 3 (1971).

4.° Il commessionato à il dritto di ritenere sul valore delle mercanzie le anticipazioni da lui fatte: art. 89 e 90 leg. di eccez.

5.° Ed in generale il dritto di ritenzione su' mobili à luogo per tutto ciò che si deve per occasione della cosa che si ritiene, cioè per le spese fatte per essa o per renderla migliore. Voet ad pandectas *de compensat.*, n. 20.

E da notarsi però che per esercitarsi il dritto di ritenzione è necessario che il creditore tenga il mobile a titolo di pegno, o a titolo di deposito, o pure che lo abbia renduto migliore, o che in fine la legge ovvero la convenzione gli permetta espressamente di ritenerlo. In qualunque altra circostanza non può, senza convenzione o senza una legge espressa, arrogarsi un dritto reale su di essa. Questa dottrina dimostrata luminosamente dal Presidente Fabro, meritamente chiamato dal Gravina *audacissimus interpetrum*, nel suo trattato *de erroribus pragmaticorum* (error 3, decad. 2.) viene confermata da una sentenza del Senato di Savoja del 1595, da lui citata nel suo codice, lib. 8, tit. 16, def. 5.

Ritenzione sugl' immobili.

Il dritto di ritenzione per rispetto agl' immobili à luogo a favore del terzo possessore, ch'è obbligato di rilasciare la cosa su la quale egli à fatto, in buona fede, utili miglioramenti. È celebre il responso di Paolo nella legge 29 ff. *de pignor.*, e non sono meno formali la legge 33 ff. *de condic indebiti*, e 'l §. 30 *inst. de rer divis.*

Le leggi civili ci forniscono più esempii del dritto di ritenzione sugl' immobili:

1.° Il coerede che conferisce nell' eredità un immobile può *ritenerne* il possesso sino all' effettivo rimborso delle somme che gli sono dovute per ispese o migliorie; art 786.

L'alluvione cede a favore del proprietario che ha il fondo, lungo la riva di un fiume o di una riviera, sieno comunque atti o non atti alla navigazione o al trasporto, coll'obbligo nel primo caso di lasciare il marciapiede o sentiero, secondo i regolamenti (1).

482. Lo stesso a luogo riguardo al terreno abbandonato dall'acqua cor-

---

2.° Il compratore che deve restituire al venditore che fa uso del patto di ricompra il fondo, gode il dritto di ritenzione pel rimborso del capitale, delle spese e delle migliorie: art. 1519.

3.° Il colono al quale è dovuto una indennità per lo scioglimento del contratto di affitto à il dritto di ritenere i beni affittati fino a che non ne viene soddisfatto: art. 1595.—Ma il conduttore ch' ecceziona *de proprietate* non può ritenere il possesso, l. 25, cod. *de locati conducti*, nè anche per migliorie fatte: Voet ad Pandect. tit. *locati conducti*, n. 32. Non così però quando le migliorie fatte coll'intelligenza del locatore abbiano portato la conservazione del fondo. Avviso del Consiglio di Stato de'22 aprile 1811, p. 312.

4.° Il creditore anticretico ritiene sino alla soddisfazione del debito l' immobile datogli in anticresi: art. 1957.

Queste disposizioni di legge possono applicarsi a tutt'i possessori di buona fede verso i quali il proprietario è condannato al rimborso delle spese e miglioramenti. Da ciò nasce:

1.° Che il possessore di buona fede evitto il quale à per l'art. 480 il dritto di ripetere i miglioramenti fatti nel fondo, gode il dritto di ritenere. Domat lib. 1, tit. 2, §. 10. Arresto della Corte Suprema di Giustizia di Napoli del dì 22 dicembre 1825 nella causa tra Ciccone e Vasse, ed arresto de'21 gennajo 1826 nella causa tra Porreca e Ficcaglia.

2.° Il marito che restituisce la dote à dritto a ripetere le migliorie fatte sul fondo dotale, giusta le leggi 56, §. 3, *de jure dotium*, e l. §. 2, ff. *de imp. in res dot. fact.* Il dotto Toullier (t. 14, n. 327) prendendo argomento dall'art. 1519 opina che per questo dritto competa al marito la ritenzione del fondo, ed in questo senso à deciso la Corte Suprema di Giustizia di Napoli con arresto del dì 12 novembre 1829 nella causa tra Pilò e Vati.

3.° L'enfiteuta condannato a rilasciare il fondo gode il dritto di ritenzione per le migliorie fattevi. Decisione della 1 camera della Gran Corte civile di Napoli de' 27 gennajo 1833, e d. arresto del 1829.

4.° Compete al compratore che per garantirsi dagli effetti dell'azione ipotecaria à notificato i creditori, i quali per aver domandato l'incanto, il fondo è rimasto aggiudicato ad un altro. Quest' aggiudicatario à per l' art. 2087 l' obbligo di restituire il prezzo e le spese, e 'l compratore che à fatto nel fondo migliorie, non può essere spogliato del possesso prima del rimborso di queste migliorie. Tarrible *rep. de juris.* alla parola *trascription*, §. 6, n. 2, e Grenier *des hypot*, t. 2, n. 471.

5.° All'erede ch'è stato revindicato spetta la ritenzione per le spese e miglioramenti. Perezio sul codice tit. *de petit. hereditatis*, n. 16.

Si quistiona fortemente se tal dritto di ritenzione competa al terzo possessore convenuto coll'azione ipotecaria; e noi ne discorreremo nelle osservazioni all'art. 2069.

VI. Il dritto di ritenzione su'mobili e sugl' immobili si perde colla restituzione che il possessore fa della cosa; l. 21 e 68, §. 1, ff. *ad S. C. Trebell.* Laonde, se il creditore per ispese da lui fatte, restituisce la cosa prima che gli sieno rimborsate, egli non avrebbe che un'azione personale: l. 40, §. 1, ff. *condict. indeb.*. l. 60, ff. *de leg.*—Quest'azione personale sarà privilegiata? La Corte di Colmar con decisione de' 7 marzo 1812, e la Corte di Rouen con decisione de'18 giugno 1825 (Dalloz v. *hypot.* e *privil.*) decisero che l'azione è privilegiata per la ragione, che il creditore il quale abbia un privilegio per la conservazione della cosa, lo à con più di ragione per l'aumento di valore dato a questa cosa. E tal è pure l'opinione di Grenier *des hypot.*, n. 314—Ma Delvincourt t. 3, p. 274, nota 13) e Persil (sull'art. 2102, §. 3, uniforme al nostro art. 1971) osservano con ragione che se chi avea presso di lui la cosa migliorata poteva esercitarvi pel rimborso delle migliorie il dritto di ritenzione, quando la cosa non è più presso di lui non può esercitarvi privilegio, perciocchè i privilegi essendo di stretto dritto, non possono estendersi per analogia. Vedi anche Troplong *des hypot.* t. 2, n. 176.

(1) La definizione dell'*alluvione* è quella della legge romana. Perchè l' alluvione esista è indispensabile che l'accrescimento sia stato insensibilmente ed impercettibilmente. *Praeterea quod per alluvionem agro nostro flumen adjicit, jure gentium nobis adquiritur. Per alluvionem autem id videtur adjici, quod ita paulatim adjicitur, ut intelligere non possimus quantum quoque momento temporis adjiciatur;* l. 7, §. 1, ff. *de adquirendo rerum dominio.*

rente (1) che insensibilmente si ritira da una delle sue rive, portandosi sull'altra. Il proprietario della riva scoperta profitta dell'alluvione, senza che il confinante della riva opposta possa reclamare il terreno perduto.

Questo diritto non ha luogo riguardo a'siti abbandonati dal mare (2).

483. Non ha luogo l'alluvione riguardo a'laghi e stagni, il proprietario de'quali conserva sempre il terreno che l'acqua copre, quando essa è all'altezza dello sbocco dello stagno, ancorchè il volume dell'acqua venisse a scemare.

Per la stessa ragione il proprietario dello stagno non acquista alcun diritto sopra le terre confinanti che la sua acqua va a ricoprire ne'casi di straordinarie escrescenze (3).

484. Se un fiume o una riviera, sia o no navigabile, per un'istantanea forza svelle da un fondo contiguo alla riva una parte considerevole e riconoscibile, e la trasporta verso un fondo inferiore, o verso l'opposta riva; il proprietario della parte staccata può reclamarne la proprietà, ma è tenuto di domandarla dentro l'anno (4): scórso il qual termine, la sua domanda non sarà più ammessa, se non nel caso che il proprietario del fondo al quale la parte staccata è stata unita, non ne abbia ancora preso il possesso.

485. Le isole, isolette ed unioni di terra (5), che si formano ne'letti de' fiumi o delle riviere navigabili o atte a'trasporti, appartengono allo Stato (6), se pure non esita titolo o prescrizione in contrario.

486. Le isole ed unioni di terre, che si formano nelle riviere non navigabili e non atte a'trasporti, appartengono a'proprietarj confinanti dal lato ove si sono formate. Se l'isola non siasi formata da un solo lato, apparterrà ai proprietarj confinanti a'due lati, da ripartirsi secondo la linea che si suppone tirata nel mezzo della riviera (7).

487. Se una riviera o un fiume formando una nuova diramazione, taglia e circonda il campo del proprietario confinante, e ne fa un'isola, questi con-

---

(1) È da notarsi che l'art. parla di acqua *corrente*, cioè perenne, e non estende le sue disposizioni a'corsi di acqua temporanei, che si formano in certe stagioni dell'anno.

(2) Perchè questi siti sono dall'art. 463 considerati come pertinenza del demanio pubblico.

(3) L. 7, §. 6, e l. 12 in princ. ff, *de adquirendo rerum dominio.*

Osserva Maleville che la disposizione di questo articolo è soltanto applicabile agli stagni e laghi di proprietà privata; mentre riguardo a quelli di demanio pubblico o comunale, l'alluvione cede a vantaggio de'proprietari che vi confinano (l. 21 ff. *acq. rer. dom.*), coll'obbligo di lasciare intatto il marciapiede e sentiero, egualmente che praticasi pe'fiumi navigabili o atti a trasporti.

(4) La minor età del proprietario non sospende il corso della prescrizione annuale, poichè la sospensione de'termini non è stabilita che per le prescrizioni ordinarie: Vedi la nota all'art. 2184—D'altronde tale specie di prescrizione si lega all'ordine pubblico. Delvincourt lib. 2, tit. 2, nota 43.

(5) L'isola differisce dall'unione di terra in questo: l'isola è una parte stessa del letto del fiume che esso lascia scoperta allagandosi da'due lati: l'unione di terra poi è un ammasso di sabbia che il fiume ammonticcia sopra un sol punto, e che alla fine s'inalza al di sopra della superficie dell'acqua. Delvincourt lib. 2, tit. 2, nota 47.

(6) Perchè questi fiumi e queste riviere sono pertinenze del demanio pubblico: art. 463. Secondo i principi del dritto romano eran annoverati fra le cose comuni, e l'isola diveniva la proprietà del primo occupante; l. 7, §. 3. ff. *de adquirendo rerum dominio.*

(7) Questo articolo non indica le porzioni dell'isola dovute a'proprietarii confinanti. Il dritto romano, da cui è tratto questo articolo, spiega che le porzioni sono in ragione dell'estenzione del fronte che ogni fondo presenta alla ripa, *pro modo latitudinis cujusque praedii quae prope ripam sit*; l. 7, §. 3, *de adquirendo rerum dominio*, e §. 22 Inst. *de rerum divisione.*

serva la proprietà del suo campo, ancorchè l'isola siasi formata in un fiume o riviera navigabile o adatta a' trasporti (1).

488. Se un fiume o una riviera, sia o no navigabile ed atta a' trasporti, si apre un nuovo corso abbandonando l'antico letto, i proprietarj de' fondi occupati si dividono a titolo d'indennità l'antico letto abbandonato, ciascuno in proporzione del terreno che gli è stato tolto (2).

489. I colombi, conigli, pesci, che passano ad un'altra colombaja, conigliera o peschiera, si acquistano dal proprietario di queste, quando non vi sieno stati attirati con arte e con frode (3).

SEZIONE II.

Del dritto di accessione relativamente alle cose mobili.

490. Il diritto di accessione, quando ha per oggetto due cose mobili appartenenti a due distinti padroni, soggiace interamente a' principj della equità naturale.

Le seguenti regole serviranno di norma al giudice per determinarsi, ne' casi non preveduti, secondo le particolari circostanze.

491. Quando due cose appartenenti a diversi padroni, le quali sono state unite in guisa da formarne un sol tutto, sono separabili in modo che tuttavia possano entrambe sussistere l'una senza l'altra, questo tutto appartiene al padrone della cosa che ne forma la parte principale, col peso di pagare all'altro il valor della cosa che vi è stata unita (4).

492. È considerata parte principale quella cui l'altra non è stata unita se non ad uso, ornamento e compimento della prima (5).

493. Ciò non ostante, quando la cosa unita è molto più preziosa della cosa principale, e quando è stata impiegata senza saputa del proprietario, può questi chiedere la separazione della cosa unita, affinchè gli sia restituita, quando anche da tale separazione ne potesse seguire deteriorazione alla cosa cui fu unita (6).

494. Se di due cose unite per formare un solo tutto, l'una non può esser riguardata come accessoria dell'altra, è riputata per principale quella che trovasi più considerevole per valore, ovvero per volume, se il rispettivo lor valore è a un di presso eguale (7).

495. Se un artefice o qualunque altra persona ha impiegato una materia che non gli apparteneva, per formare una cosa di nuova specie, o che questa materia possa o che non possa riprendere la sua prima forma, colui che n'era il padrone, ha diritto di pretendere la cosa che si è formata, rimborsando il prezzo della manifattura (8).

496. Nondimeno se la fattura fosse tanto pregevole, che sorpassasse di molto il valore della materia impiegata, in tal caso l'industria sarà conside-

(1) L. 7, §. 4, ff. *de adquirendo rer. dominio.*
(2) *Contr.* l. 7, §. 5 ff. *de adquir. rer. dominio.*
(3) L. 3, §. 2; l. 5. ff. *de adquirendo rerum dominio.*
(4) L. 26, §. 1, ff. *de adquirendo rerum dominio.*
(5) L. 26, §. 1, ff. *de adquirendo rerum dominio.*
(6) Inst. §. 25, *de rerum divisione.* L. 9, §. 2, ff. *de adquirendo rerum dominio.*
(7) L. 27, §. 2, ff. *de adquirendo rerum dominio.*
(8) L. 7, §. 7, l. 26 princ. e §. 3, ff. *de adquirendo rerum dominio.*

rata come parte principale; e l'artefice avrà diritto di ritenere la cosa lavorata, rimborsando il proprietario del prezzo della materia (1).

497. Quando alcuno abbia impiegato materia, in parte propria ed in parte altrui, per formare una cosa di nuova specie, senza che nè l'uno nè l'altro de' due materiali sia interamente distrutto, ma in modo che non possano separarsi senza guasto; la cosa resta comune a' due proprietarj, in ragione, riguardo all'uno, della materia che gli apparteneva, e quanto all'altro, in ragione della materia che gli apparteneva, e del prezzo della sua fattura (2).

498. Quando una cosa è stata formata colla mescolanza di diverse materie spettanti a differenti proprietarj, ma delle quali nessuna può esser considerata come materia principale; se le materie possono essere separate, quegli, senza saputa del quale le materie sono state mischiate, può domandarne la separazione.

Se poi le materie non possono più separarsi senza inconveniente, eglino ne acquistano in comune la proprietà in proporzione della quantità, qualità e valore delle materie appartenenti a ciascuno (3).

499. Se la materia appartenente ad uno de' proprietarj fosse molto superiore all'altra per la qualità ed il prezzo; in questo caso il proprietario della materia di maggior valore potrà reclamare la cosa prodotta dalla mistura, rimborsando all'altro il valore della sua materia (4).

500. Quando la cosa resta in comune fra i proprietarj delle materie colle quali è stata formata, debbe essere esposta all' incanto a vantaggio comune (5).

501. In tutti i casi ne' quali il proprietario della materia che è stata impiegata senza sua saputa a formare una cosa di altra specie, può reclamare la proprietà della cosa stessa, avrà la scelta di domandare la restituzione della sua materia nella medesima natura, quantità, peso, misura e bontà, ovvero il suo valore.

502. Coloro che avranno impiegato materie spettanti ad altri, e senza saputa de' proprietarj, potranno pure essere condannati al risarcimento de' danni ed interessi, se vi è luogo; salva l'azione per la pena, quando competa. V. l'art. 407 e seg. leg. pen.

(1) L. 9, §. 1 e 2, ff. *de adquirendo rerum dominio.*
(2) L. 7, §. 8 e 9, l. 12, §. 1, ff. *de adquirendo rerum dominio.*
(3) L. 12, §. 1, ff. *de adquirendo rerum dominio*; l. 5, ff *de rei vindicatione.*
(4) Argum. ex l. 27, §. 2, ff. *de adquirendo rerum dominio*
(5) L. 5, ff. *de rei vindicatione.*



TITOLO III.

DELL' USUFRUTTO, DELL' USO E DELL' ABITAZIONE (1).

—

CAPITOLO I.

Dell' usufrutto.

503. L' *usufrutto* (2) è il diritto di godere delle cose di cui un'altro ha la

(1) Non perchè il codice à evitato di dare all' *usufrutto* all'*uso* ed all'*abitazione* il nome di *servitù*, si è inteso di cangiarne la natura. L'usufrutto è una vera servitù personale, poichè non esiste che a riguardo di un fondo assoggettato al godimento di un altro: *servitutes aut* PERSONARUM *sunt, ut usus et ususfructus; aut* RERUM, *ut servitutes praediorum rusticorum, et urbanorum*, l. 1, ff. *de servitutibus*. Toullier t. 3, n. 385, 390 nota. Proudhon t. 1, n. 3. Poncet *des actions*, n. 78 nota.

(2) Per conoscere il dritto dell' usufrutto che il nostro art. definisce coerentemente alla l. 1, ff. *de usuf. et quemad. quis utatur*, conviene considerarne la natura ed indi paragonarlo cogli altri dritti sulle cose.

I. In quanto alla natura del dritto di usufrutto è da osservarsi:

1.° Che considerata in se stessa, la costituzione del dritto di usufrutto importa alienazione di una parte della cosa; *sed etiam ususfructus dationem, alienationem esse*, l. 7, cod. *de rebus alienis non alienand.* Dessa opera uno smembramento della proprietà, *separationem recipit: ut ecce, si quis usumfructum alicui legaverit, nam haeres nudam habet proprietatem, legatarius vero usumfructum*; § 1, *Inst. de usufructu*. Dal che segue che l'usufrutto non è una parte materiale del fondo, è bensì una parte del dominio, perchè *il* dominio cessa di esser pieno ed intero nelle mani del proprietario, quando la nuda proprietà è separata dall'usufrutto.

2.° L'usufrutto è *il dritto di godere*, cioè a dire questo dritto si esercita percependone i frutti e gli emolumenti, o pure cedendoli ad un altro che gode in luogo a nome dell' usufruttuario; l. 12, § 2, ff. *de usufructu*, ed art. 520.

Il godimento però è personale e si estingue colla morte dell'usufruttuario: art. 542. Donde segue: 1. Che l'usufrutto è una proprietà essenzialmente temporanea, perchè se potesse essere perpetuo nella sua durata, il dritto di proprietà non sarebbe più niente: *ne in universum inutiles essent proprietates, placuit certis modis estingui usumfructum et ad proprietatem reverti*; l. 3, § 2 ff. *de usufructu*. 2. Che non si potrebbe legare ad alcuno un dritto di usufrutto a datare dalla sua morte, perciocchè non può cominciare all'istante medesimo in cui deve finire; *usumfructum, cum moriar, inutiliter stipulor: idem est in legato: quia et constitutus ususfructus morte intercidere solet*: l. 5 ff. *de usu et usufructu legato*.

3.° *Delle cose di cui un altro à la proprietà*. È in effetti necessario alla costituzione di usufrutto che la nuda proprietà della cosa appartenga ad un altro, perciocchè il godimento esercitato sulla propria cosa non è un effetto del dritto di usufrutto, ma un attributo del dominio: *nemini res propria servit*. Nondimeno allorchè l'usufrutto è costituito su cose fungibili, l'usufruttuario ne diviene col fatto proprietario, poichè non può goderne che consumandole. Egli è però tenuto a quanto prescrive l'art. 512.

4.° *Nel modo che lo stesso proprietario ne godrebbe*. Dal che risulta che i dritti dell'usufruttuario non sono limitati alla percezione de' frutti che possono nascere dalla cosa, ma si estendono ancora a tutti gli emolumenti che ne tengono luogo, a tutte le comodità che possono risultare dal suo possesso, così che à tutt'i dritti utili che possono essere accidentalmente percepiti, come inerenti al godimento del fondo; l. 9 e 59, § 1, ff. *de usufructu*, e le note di Gotofredo. V. le note 1 e 2 pag. 166 e 167, e la nota 1, pag. 168.

5.° *Col peso di conservarne la sostanza tanto nella materia che nella forma*. L' usufruttuario non ha dritto di godere che a condizione di conservare, senza poter disporre della cosa, nè snaturandola, nè alterandola. E con le parole aggiunte nel nostro articolo *tanto nella materia che nella forma* (aggiunzione desiderata da Maleville) si rende chiaro

proprietà, nel modo che lo stesso proprietario ne godrebbe, ma col peso di conservarne la sostanza tanto nella materia, che nella forma.

---

che l'usufruttuario non può invertire l'uso cui la cosa è destinata, nè cangiarne la superficie, e la destinazione: può solo fare que'cangiamenti accidentali, che senza alterare la sostanza della cosa, possono procurargli un godimento più vantaggioso. V. la nota 5, pag. 170 e 171.

II. Analizzata la definizione del dritto di usufrutto, conviene esaminarlo ne'rapporti di similitudine e di differenza con gli altri dritti che gli si ravvicinano.

1.° L'usufrutto differisce dal dritto di uso in ciò, che l'usufruttuario à il dritto di percepire tutt'i frutti del fondo, anche *ad compendium:* l'usuario al contrario non à dritto di prendere i frutti che fino alla concorrenza della misura de'suoi bisogni; art. 555. Dal che segue: 1.° Che il dritto di usufrutto non può essere senza quello dell'uso, al contrario il dritto di uso può essere senza quello di usufrutto; l. 14, § 1, ff. *de usu et habit*; 2.° Che se si è legato sul medesimo fondo l'usufrutto ad uno e l'uso all'altro, deve l'usuario percepire ciò che gli è necessario, poichè egli à ad esercitare un dritto il cui limite è determitato fino ad una quota fissa, e che l'usufruttuario non deve avere che il dippiù, poichè il suo dritto è indefinito sotto il rapporto della sua quantità: *si alii usus et alii fructus ejusdem rei legetur, id percipit fructuarius quod usuario supererit*, l. 42, ff. *de usufructu*. Proudhon *de l'usufruit* t. 1 ediz. di Bruxelles, pag. 20, n. 47. V. la nota 3, pag. 184.

2.° Il legato delle rendite di un fondo à di comune coll'usufrutto, che non si trasmette agli eredi, l. 22 ff. *de usufructu legato*; ma ne differisce essenzialmente ne'seguenti punti: 1.° Che il legato delle rendite di un fondo non importa alcuna servitù personale sul fondo, come quello dell'usufrutto; 2.° Che il legato delle rendite è totalmente mobiliare, mentre che l'usufrutto sull'immobile è immobiliare, art. 449: 3.° Che nel legato delle rendite l'erede à la scelta o di consegnare i frutti del fondo in natura, o di pagare annualmente il valore estimativo del prodotto netto dell'eredità (arg. ex l. 26, § 2, ff. *de legat*; e ex leg. 32, § 8, ff. *de usufructu legat*. Vedi Cujaccio sulla l. 38, ff. eod.), ed in quest'ultimo caso, il legato delle rendite non è più, nella sua esecuzione, che un legato di frutti civili che succedono giorno per giorno; 4.° Che il legato della rendita non importa alcuno smembramento della proprietà, e non è conseguentemente suscettibile d'ipoteca nel suo oggetto, come quello d'usufrutto. 5.° Nel caso del legato di usufrutto l'erede non può disporre che della nuda proprietà del fondo (l. *verbis* 2, cod. *de usufructu*); mentre che nel caso del legato di rendita l'erede non essendo obbligato che ad offrire la rendita, può alienare il fondo in pieno dominio; l. 38 ff. *de usu et usuf. legato*; 6.° In esecuzione del legato di rendita, il legatario non può esigere il godimento del fondo, come lo può nel caso dell'usufrutto; d. l. 38, ff. eod.; 7.° Nel caso del legato di rendita, il legatario non essendo messo nel possesso del fondo, non è punto tenuto di ripararlo, come l'era l'usufruttuario; 8.° L'erede non è tenuto a riparare il fondo la cui rendita è stata legata, poichè niuno può essere obbligato a niente nel suo proprio interesse. Ma se per suo fatto cagiona de'deterioramenti che diminuiscono la rendita, sarebbe risponsabile verso il legatario, l. 38, ff. *de usuf. legato*; 9.° Nel legato di usufrutto il legatario à dritto di prendere i frutti pendenti, art. 510, mentre nel legato di una rendita si debbono ridurre le spese di coltura, e'l legatario deve sopportare il peso fondiario, l. 32, § 9 ff. *de usuf. legato*.

Ma in quale classe deve collocarsi il legato de'frutti di un fondo? In quella dell'usufrutto o nell'altro della rendita? I frutti non sono un dritto, bensì una cosa corporale. Nulladimeno il legato de'frutti annuali di un fondo importa il dritto di usufrutto, secondo le ll. 22 e 41, ff. *de usu et usufructu legato*, non essendo in questo un legato di rendita che si è fatto, mentre il legatario dev'essere immesso nel godimento per percepire questi frutti. È un vero legato di usufrutto che il testatore à voluto fare, poichè accorda al legatario il dritto di percepire annualmente e colle sue mani il prodotto del fondo, in natura. Proudhon t. 1, pag. 23, n. 52.

3.° Il godimento del gravato di sostituzione non può essere considerato come un usufrutto, poichè il gravato è veramente proprietario: può disporre, ipotecare, e l'apertura della sostituzione non è che una causa di risoluzione, arg. degli art. 1003, 1009 e 1026. Proudhon t. 1, pag. 30, n. 64. Duranton t. 4, n. 469.

4.° Differisce dall'anticresi, il quale non attribuisce al creditore anticretico alcun dritto reale sulla cosa: art. 1955 e 1958. Proudhon *de l'usufruit*, pag. 33, n. 71 a 76. Duranton t. 4, n. 473.

5.° Differisce essenzialmente dall'enfiteusi, poichè l'enfiteuta acquistando la proprietà del fondo gode della sua propria cosa, mentre l'usufruttuario gode della cosa altrui.

6.° L'usufrutto differisce dalla locazione sia sotto il rapporto della loro causa, che sotto quella de'loro effetti. Sotto il rapporto della loro causa: 1.° L'usufrutto può essere sta-

504. L'usufrutto è stabilito dalla legge o dalla volontà dell'uomo (1).

bilito dalla legge, e la locazione non può essere che l'effetto della volontà dell'uomo: e quando si tratta dell'usufrutto costituito dall'uomo, può stabilirlo tanto per atto tra vivi che di ultima volontà, mentre il dritto di locazione non può risultare che da una convenzione; 2.° L'usufrutto è al più sovente un effetto di pura liberalità: il dritto di locazione, non può essere che l'effetto di un contratto commutativo.—In quanto agli effetti: 1.° L'usufruttuario à un dritto reale sull'immobile, e'l fittaiuolo non à che un'azione puramente personale contro il padrone del fondo; 2.° Il locatore è obbligato di consegnare la cosa al fittaiuolo in buono stato locativo, art. 1566, l'usufruttuario al contrario è obbligato di ricevere la cosa nello stato in cui si trova, art. 525; 3.° Il locatore è obbligato di garantire il godimento e la durata dell'affitto, art. 1567; nella costituzione di usufrutto il proprietario non è tenuto a soffrire che il godimento dell'usufruttuario, senza che costui possa rivolgersi contro il proprietario, perciocchè i dritti di colui che non sono che sulla cosa, non producono cosa alcuna contro il proprietario; 4.° L'usufruttuario può abdicare il suo dritto, art. 542, e il fittaiuolo non può violare la convenzione prima del termine stabilito, art. 1088; 5.° L'usufrutto si estingue colla morte dell'usufruttuario, art. 542, e non così l'affitto, art. 1588; 6.° Il fittaiuolo può domandare una indennità a causa del non godimento cagionato per forza irresistibile e per caso fortuito, art. 1615 e 1616; al contrario l'usufruttuario non à dritto in simili casi di chiedere alcuna indennità; 7.° L'usufruttuario è tenuto alle riparazioni di manutenzione, art. 530; al contrario il locatore è tenuto alle riparazioni necessarie e di manutenzione art. 1566.

I dritti di affitto a vita e di usufrutto sono della stessa natura? Merlin (v. *usufruit*, §. 1, n. 3, del repert.) à cercato di dimostrare l'affermativa con una lunga e profonda dissertazione; ma la sua opinione è stata vigorosamente confutata da Proudhon nel trattato dell'usufrutto t. 1, n. 103 a 113, e questa dottrina è stata consacrata da un arresto della Cass. di Parigi de'18 gennajo 1825, e seguita da Duvergier t. 3, n. 28 e seg.

III. L'usufruttuario avendo il godimento del fondo à dritto di essere immesso nel possesso e questo possesso dev'essere considerato sotto due aspetti differenti: Primo. Come proprietario del suo dritto di usufrutto egli possiede *pro suo*, ossia à il possesso civile del fondo, ed in tale qualità può esercitare tutte le azioni che competono a coloro che non posseggono a titolo precario. Secondo. Come possessore del fondo di cui la proprietà appartiene ad un altro, l'usufruttuario è un detentore a titolo precario, ed in tale qualità: 1.° Non può prescrivere contro il proprietario, art. 2142; 2.° Deve conservare il possesso, difenderlo dalle usurpazioni, e sotto il rapporto del possesso è il mandatario del proprietario, l. 1 e 2, ff. *usuf. quemad. cav.*, art. 539. Vedi Proudhon t. 1, n. 31 e seg., n. 751 e seg.; t. 2, n. 1260. Poncet *des actions*, n. 78, 79 e seg. (V. la nota sotto la pag. 167, n. 4, e la nota alla pag. 171, n. 8.)

(1) I. L'usufrutto considerato sotto il rapporto della sua causa si divide oggi in usufrutto legale e convenzionale, secondo che è stabilito dalla legge o dalla volontà dell'uomo—Per dritto romano l'usufrutto poteva essere stabilito anche da una sentenza. Se in una divisione di eredità o di beni comuni, la porzione di uno de' condividenti eccedeva in valore quella dell'altro, il giudice era facoltato, invece di sottomettere il primo ad un supplemento pecuniario, obbligarlo di rilasciare al secondo, durante un certo tempo, il godimento della totalità o di una parte della sua quota; l. 6, § 1, ff. *de usufructu;* l. 6, § 10 ff. *commun. divid.*, l. 16. ff. *fam. ercisc.* Maleville sull'art. in disamina opina che quando non vi fosse altro modo di eguagliare le porzioni de' coeredi o possessori di beni indivisi, dovrebbesi seguire il dritto romano, e ricorrere allo stabilimento di un usufrutto. Questa dottrina non può seguirsi, poichè il codice non riconosce lo stabilimento di un usufrutto per effetto di sentenza, ed à prescritto coll'art. 746 che quando gl'immobili non possono comodamente dividersi debbe procedersi alla vendita all'incanto, e coll'art. 752 à sancito che l'ineguaglianza delle quote in natura si compensa con una somma equivalente. Toullier t. 3, n. 391. Proudhon t. 1, n. 304. Duranton t. 4, n. 489.

II. L'usufrutto legale è stabilito oggi nel solo caso in cui il padre e la madre ànno l'usufrutto su' beni de' loro figli: art. 298. Il conjuge povero avea anticamente l'usufrutto di una certa porzione de' beni del suo conjuge premorto, e questo dritto rimontava al capo 5 della novella 117. Per l'art. 689 il conjuge povero non à l'usufrutto, ma una semplice prestazione alimentaria su' beni dell'altro conjuge.

III. L'usufrutto stabilito dalla volontà dell'uomo può aver luogo per testamento, per donazione tra vivi e per contratto commutativo; l. 3 ff. *de usufruct.* e titolo *de usu et usufructu legato.*

Essendo la costituzione di usufrutto un alienazione, l. 7. cod. *de rebus alienis non alienandis*, segue: 1.° Che l'usufrutto non può costituirsi che da chi à la capacità di contrattare: art. 1078; 2.° Che siesi proprietario della cosa che si dà in usufrutto: art. 1444. Non si

505. L'usufrutto può costituirsi o semplicemente, o per un tempo determinato, o sotto condizione (1).

506. Può costituirsi egualmente sopra qualunque specie di beni o mobili o immobili (2).

---

può quindi costituire un usufrutto dal padrone della nuda proprietà di un fondo di già gravato di usufrutto; ma il proprietario può legare a profitto di un secondo usufruttuaro (esistente all'epoca della donazione, art. 822) che comincerà a godere dopo il primo, poichè con questo legato il testatore à fatto una disposizione dipendente dal suo dritto di proprietà; l. 72, ff. *de usufructu*; o in altri termini l'usufrutto può essere stabilito sopra più persone, e questa dottrina prende argomento dagli art. 505 e 1844. Proudhon t. 1, n. 302 e 310. V. la nota 2, pag. 179.

Dall'altra parte ogni persona è capace di acquistare un usufrutto se una legge non lo dichiara incapace: art. 1078.

IV. Può un uomo stipulare un dritto di usufrutto tanto per se che per i suoi eredi: il dritto romano dichiara valida questa stipulazione, l. 38, §12, ff *de verbor. oblig.*, perchè à per oggetto più usufrutti; cioè a dire che l'usufrutto devoluto all'erede in seguito di questa stipulazione non è lo stesso di quello goduto dal suo autore, godimento che è rimasto estinto colla sua morte. In conseguenza l'erede dell' usufruttuario non acquista l'usufrutto per via di trasmissione del medesimo dritto, poichè non può trovare nell' eredità del defunto un dritto estinto colla sua morte: ma à un azione per ottenere un novello godimento perchè è stato stipulato in suo profitto da chi avea il potere di fare questa stipulazione. Donnello su detta legge—Ed in vero è regola di dritto che noi possiamo stipulare una cosa pei nostri eredi solamente, senza stipularla per noi stessi, l. 11, cod. *de contrahend. stipulat.* E una specie di mandato che la legge accorda per procurare un vantaggio agli eredi. Si noti che l'erede che vuole profittare della stipulaziono non è necessario di essere esistente all'epoca del contratto, come è necessario che il donatario sia esistente all'epoca della donazione; perciocchè nel caso della stipulazione di cui è parola, l'azione non arriva all'erede che per la mediazione del defunto il quale avea qualità per acquistare nell'interesse del suo successore anche futuro. Proudhon t. 1, n. 326 e 327.

V. Indipendentemente dalla legge e dalla volontà dell'uomo, l'usufrutto può stabilirsi con la prescrizione. L'art. 2125 consacra, in generale, la prescrizione come un mezzo di acquistare, e non istabilisce alcuna eccezione per l'usufrutto. Che anzi la prescrizione di 10 o 20 anni, in cui concorrono giusto titolo e buona fede fa acquistare l'usufrutto; per esempio, quando il proprietario apparente di un fondo vende l'usufrutto ad un compratore di buona fede che ne gode pubblicamente e senza turbativa pel tempo determinato dall'art. 2171. Questo art. in vero stabilisce la prescrizione in favore di chi acquista *un immobile*: or l'usufrutto è un immobile, art. 449: è capace d'ipoteca, art. 2004; l'acquirente di un usufrutto può far trascrivere il suo contratto per liberarlo dalle ipoteche, art. 2075. Tal era la disposizione delle leggi romane, l. 12, C. *de praescript. longi temp.*; è tal è l'opinione di Delvincourt lib. 2, tit. 3, nota 4; di Toullier t. 3, n. 393; di Proudhon t. 1, n. 751 e 752; di Duranton t. 4, n. 502, e così decise la Cassazione di Parigi nel dì 17 luglio 1816, in Sirey t. 17, part. 1, pag. 153. V. la nota 1, p. 181 e 182, n. 11.

(1) Segue da questo articolo che l'usufrutto può essere costituito sotto tutte le modificazioni che piace di apporre a colui che lo dona e lo cede. Sono questi anche i principi del dritto romano; l. 4, ff. *de usufructu*; l. 1, § 3, ff. *quando dies ususfructus;* l. 4, ff. *si ususfructus petatur*, art. 1121, e seg., 1134, 1136 e 1138.

(2) In generale l' usufrutto può essere costituito sopra fondi, sopra case, sopra dritti incorporali, tali che i debiti attivi; sopra effetti mobiliari, anche sopra quelli che vanno a consumarsi coll' uso; l. 3, §. 1, l. 7, ff. *de usufructu*; §. 2, Inst. eod. tit.; L. 1, ff. *de usufructu earum rerum;* art. 512, 513, 514, 541 e 542.

L'usufrutto può essere stabilito ancora sopra un dritto di usufrutto; ed allora l'usufruttuario giunto il termine del suo godimento, è obbligato di restituire il dritto di usufrutto, e non già i frutti che à percepiti: art. 1381, Proudhon *de l'usufruit*, t. 1, n. 333, Duranton t. 4, n. 480.

Si può legare una servitù in usufrutto? Per esempio, Tizio proprietario di un fondo libero, lega in usufrutto solamente, un dritto di passaggio su questo fondo al vicino per arrivare al suo fondo. Questo dritto così legato partecipa della natura delle servitù, perchè è stabilita su di un fondo per l'utilità dell' altro fondo; nulladimeno non è una vera servitù, perchè finisce colla morte del legatario, mentre è della natura delle servitù di essere stabilite a perpetuità. L' effetto di simile legato sarebbe dunque di natura mista, ciò a dire, un dritto di uso o passaggio sul fondo designato, il che è formalmente approvato dalla l. 41 ff. *de legatis*, e 1, ff. *de usufructu legat.* Gotof. ibid. Proudhon *de l'usufruit* t. 1, n. 369.

SEZIONE I.

De' diritti dell' usufruttuario.

V. l'art. 523. 507. L'usufruttuario ha il diritto di godere di ogni specie di frutto naturale, industriale o civile, che possa produrre la cosa di cui ha l'usufrutto(1).

508. I *frutti naturali* sono quelli che la terra produce da se stessa. Il prodotto ed il parto degli animali sono pure frutti naturali

I *frutti industriali* di un fondo sono quelli che si ottengono colla coltura.

509. I *frutti civili* sono le pigioni delle case, gl' interessi di capitali esigibili, le rendite arretrate.

I fitti de' fondi locati (2) ed i canoni enfiteutici (3) si annoverano pure nella classe de' frutti civili.

510. I frutti naturali ed industriali pendenti da' rami o uniti al suolo nel
V. l'art. 529. momento in cui comincia l' usufrutto, appartengono all' usufruttuario.

I frutti che si trovano nello stesso stato al momento in cui finisce l'usufrutto, appartengono al proprietario, senza compenso, nè da una parte nè dall' altra, de' lavori e delle sementi, ma senza pregiudizio della porzione de' frutti che potessero spettare al colono parziario, se vi fosse, al tempo in cui incominciò l' usufrutto, o venne a cessare. (4)

Si osservi da ultimo che l' indivisione della proprietà non è di ostacolo alla costituzione di usufrutto su di una cosa che ci appartiene. In conseguenza il proprietario di un fondo posseduto in comune può legare l'usufrutto della sua parte indivisa ad un solo o a più individui, i quali se non si accordano nel godimento in comune, possono procedere ad un partaggio; L. 5, e 13, §. 3, ff. *de usufructu*.

Se il legato di un usufrutto di una porzione solamente dell' eredità o di una cosa non è designata, sarebbe riputata la metà; l. 43, ff. *de usufructu*; l. 25 in fin.; l. 164 ff. *de verb. signif.*

(1) L'usufrutto consiste nel pieno ed intero godimento di tutte le specie di frutti, di rendite, di comodità e di usi, che possono ritrarsi dalla cosa di cui si à l'usufrutto; come sono i frutti degli alberi, il taglio de'boschi cedui, le piante che possono ricavarsi da un seminario, lasciandolo in buono stato; tutte le ricolte, il mele delle pecchie, e generalmente l' usufruttuario gode e fa uso di tutto senza riserba; e si può parimente per usufrutto godere de'fondi e de' mobili da' quali altro uso non si ritrae che il semplice divertimento. Vedi Domat lib. 1, tit. XI, sez. 1, n. 9, e le leggi da lui citate.

(2) Il codice nostro, a differenza della l. 58, ff. *de usufructu* mette nella classe de'frutti civili i fitti del fondo locato, per la ragione che il locatore avendo convertito in una rendita il dritto che aveva di percepire i frutti del fondo, à fatto, per questa specie di novazione subire alle sue entrate la sorte delle rendite ordinarie. Discorso di Gary in Locré 4, pag. 138, n. 8—Poco importa che il prezzo dell'affitto sia stipulato in una somma di danaro, o in una quantità fissa di derrate, poichè la legge non fa alcuna distinzione, ed in questo caso, come in quello dell' affitto stipulato in danaro, la rendita non essendo identica co'frutti del fondo, vi à egualmente novazione nella cosa che dev' essere l'oggetto della prestazione dovuta dal fittajuolo. Toullier t. 3, n. 400. Proudhon t. 1, n. 905. Sarebbe altrimenti se l'affitto si fosse fatto mediante una quota di frutti, come la metà, il terzo, a prendere in natura sul fondo: in questo caso i frutti non essendo alienati mediante un prezzo annuale, ma solamente divisi tra il locatore e 'l fittajuolo, non vi à alcuna novazione nell' oggetto della rendita, la quale non potrebbe appartenere che nella classe dei frutti naturali o industriali. Toullier e Proudhon ibid.

(3) De'canoni enfiteutici non faceva parola il codice francese che guardava silenzio sul contratto di enfiteusi.

L'usufruttuario à dritto su'laudemi? Era questa una controversia nell'antico foro, ed il Presidente Fabro lib. 3, tit. 23, def. 6, opinava che l' usufruttuario avea il dritto di esigere i laudemi senza obbligo di restituzione, *quia percipit laudemia illa tamquam fructus*. Il codice avendo ristretto il godimento dell' usufruttuario a'soli canoni, sembra che non possa profittare del laudemio, che non si paga *fructuum causa*.

(4) I frutti pendenti al suolo si considerano come parte del fondo, l. FRUCTUS PENDENTES 44, ff. *de rei vindicatione*, e per questa ragione appartengono all' usufruttuario allorchè

511. I frutti civili s' intendono acquistati giorno per giorno, ed appartengono all' usufruttuario in proporzione della durata del suo usufrutto. Questa regola si applica a' fitti de' fondi locati, egualmente che alle pigioni delle case ed agli altri frutti civili (1).

512. Se l' usufrutto comprende cose di cui non si possa far uso senza consumarle, come il danaro, i grani, i liquori; l' usufruttuario ha diritto di servirsene, ma coll' obbligo di restituirle in eguale quantità, qualità e valore, o di pagarne la loro stima, al termine dell' usufrutto (2).

---

comincia l' usufrutto, ed al proprietario quando per la morte dell'usufruttuario o per altro motivo si estingue l. 27, ff. *de usufructu*; l. 8, in fine ff. *de annuis legatis*.

Questa teorica à luogo pe' frutti *pendenti*; così che se l'usufrutto finisse durante il ricolto, la porzione de'frutti che l' usufruttuario avea raccolti, quantunque rimasta nel podere apparterrà a'suoi eredi; e quel che rimarrà senza esser raccolto, resterà al proprietario, ed anche i frutti che saranno da loro stessi caduti, e ne' quali non avrà l'usufruttuario posto le mani. Domat lib. 1, tit. XI, sez. 1, n. 10.

L' usufruttuario può raccogliere prima della perfetta maturità i frutti, la cui natura è tale, che sia in uso, o più utile di raccogliere innanzi tempo. Così non si aspetta la perfetta maturità delle ulive, del fieno, di una selva cedua, ma il tempo in cui il colono, il proprietario o l'usufruttuario suole togliere questi frutti; l'usufruttuario però deve aspettare la maturità per la messe e per la vendemia; l. 48, §. 1, ff. *de usufructu*; l. pen. ff. *de usu et usufr. leg.* Domat l. 1, tit. XI, sez. 1, n. 13, Voet *ad pandectas* lib. 7, tit. 1, n. 29.

I frutti pendenti nel momento in cui finisce l'usufrutto appartenendo al proprietario, il dritto romano accordava all'usufruttuario o a' suoi eredi il dritto di ripetere le spese di semenza e di coltura. Vedi Voet lib. 7, tit. 1, n. 28, e le leggi da lui citate. Il codice moderno nell'art. in esame esclude questa ripetizione, per la ragione che accordando all' usufruttuario tutt' i frutti non raccolti all' epoca dell' apertura dell' usufrutto, senza che deve concorrere alle spese di coltura, era giusto perchè la condizione fosse eguale, che i frutti non raccolti allorchè l'usufrutto s'estingue, appartenessero al proprietario franchi delle medesime spese. Ma il più grande interesse agli occhi della legge è stato quello di allontanare una sorgente continua di contestazioni. Discorso di Gary in Locre, t. 4, p. 138, n. 8.

Venendo ad estinguersi l' usufrutto in pendenza della ricolta, il dritto del colono parziario è rispettato. Avendo questi a' termini dell' art. 1609 acquistato dritto ad una porzione de' frutti, è giusto che sia rispettato, perciocchè l'usufruttuario per l' art. 520 avea facoltà di stipulare questo contratto.

Si è proposta la quistione che debbesi mai decidere riguardo alle vendite de'frutti uniti al suolo, fatte dall'usufruttuario. È forse il proprietario tenuto di eseguirle come i fitti, giusta l'art. 520? Proudhon t. 1, n. 992, 995 e seg. sostiene la negativa, ed invocando il testo degli art. 510 e 520 conchiude che l' usufruttuario non può cedere al compratore dritti maggiori di quelli che à: che se l' interesse dell'agricoltura à fatto derogare pe'fitti alla massima di equità che *res inter alios acta nobis non nocet*, gli stessi motivi non rinvengonsi nel caso di vendite di frutti—Toullier t. 3, n. 401 e Delvincourt lib. 2, tit. 3, nota 23 sostengono che la vendita è valida nell' interesse del compratore; ma siccome il prezzo de' fitti la cui durata si proroga sin dopo l' usufrutto, viene pagato al proprietario, così costui avrà il dritto di percepire il prezzo della vendita della raccolta fatta dopo terminato l' usufrutto, ovvero, se la raccolta sia soltanto cominciata, la porzione del prezzo della vendita che rappresenta i frutti pendenti da'rami o uniti al suolo nel momento in cui finisce l'usufrutto.

(1) I frutti civili secondo quest' art. cedono giorno per giorno a profitto dell' usufruttuario, cosichè alla fine di ciascun giorno à un dritto certo ed acquistato per la 365ma parte della rendita dell' anno, quantunque il pagamento non sia ancora esigibile: *cedere diem, significat incipere deberi pecuniam*, l. 213, ff. *de verb. signif.*

La rata della rendita dovuta per quel giorno in cui muore l' usufruttuario non spetta a' suoi eredi, a meno che non si supponga morto precisamente nell' ultimo istante del giorno. Pothier, *Douaire*, p. 248. La legge in effetti non contando le ore ma i giorni, bisogna necessariamente che il giorno sia arrivato al suo termine perchè il dritto alla parte de' frutti che vi corrisponde sia realmente acquistato. Proudhon t. 2, n. 910 e 912.

(2) I. L' usufrutto delle cose fungibili (*quae in pondere, numero, mensurave constant, functione recipiunt per solutionem quam specie*, l. 2, § 1, ff. *de rebus creditis*), trasferisce la proprietà, poichè non si possono usare senza consumarle: se la cosa viene a perire quindi nelle mani dell' usufruttuario, anche per caso fortuito, non è dispensato dall' obbligo

V. gli art. 1840 e seg.

513. L' usufrutto di una rendita vitalizia non dà diritto all' usufruttuario

della restituzione, per la massima *res perit domino*. È perciò Giustiniano nel § 2, delle Inst. *de usufructu* dice, che l'usufrutto delle cose fungibili non è un vero usufrutto: desso può paragonarsi, aggiunge Toullier t. 3, n. 396 ad un mutuo gratuito da restituirsi al termine dell'usufrutto.

L'art. in esame à dato luogo ad una grave quistione tra gli autori. Proudhon t. 2, n. 1004 e seg.; Toullier t. 3, n. 398, considerando l'usufruttuario come un debitore alternativo, ànno opinato che la scelta di pagare il prezzo o di restituire la cosa in natura appartenga all'usufruttuario, poichè nelle obbligazioni alternative l'ozione è del debitore, art. 1143; e che quando però il debitore sceglie di restituire la cosa in natura, dev'essere preliminarmente sommessa alla verificazione sulla *quantità qualità* e *valore* che avea all'epoca in cui cominciò l'usufrutto—Delvincourt lib. 2, tit. 3, nota 14, conviene che à l'usufruttuario il diritto di restituire, a suo piacimento, le cose in natura, o il valore della loro stima; ma invoca l'art. 1775 per pretendere che tale stima non è quella fatta nel principio dell'usufrutto, ma quella del giorno della restituzione—Duranton t. 4, n. 577 sostiene che l'art. 512 non costituisce l'usufruttuario debitore con un'alternativa: l'art., egli dice, prevede due modi distinti di restituzione, secondo i due casi che possono applicarsi, poichè le cose possono essere state rilasciate con istima o senza. Nel primo caso la stima vale per vendita, ed appunto il valore di questa stima sarà l'usufruttuario tenuto di restituire. Se non siavi stata alcuna stima, restituirà cose di eguale quantità o qualità; e se trovisi nella impossibilità di soddisfarvi, restituirà il valore avuto riguardo al tempo ed al luogo della restituzione, secondo l'art. 1775.

A noi sembra che debb'essere preferita l'opinione di Proudhon e di Toullier, e che la interpetrazione data da Duranton è in opposizione col testo dell'art. 512, nè è poggiata, com'egli sostiene, sulla l. 7, ff. *de usuf. earum rerum quae usu cons*. In fatti la l. 7 stabilisce in massima che l'usufrutto delle cose fungibili trasferisce la proprietà all' usufruttuario: *si vini, olei frumenti usufructus legatus erit*, PROPRIETAS *ad legatarium transferri debet*. In conseguenza sia che le cose sieno state stimate nell'atto dell'inventario, sia no, è sempre vero che l'usufruttuario à acquistato la proprietà, e l'alternativa appartiene a lui ch'è debitore.

Domat l. 1, tit. XI, sez. 4, n. 7, invocando l'autorità della l. 7, eleva a principio che l'alternativa appartiene all'usufruttuario, e laddove questi preferisca di restituire il valore delle cose, è tenuto *al valore che aveano le cose nel tempo che le ricevette, poichè di questo valore à egli avuto l'usufrutto*—Ed il Voet *ad pandectas* lib. 7, tit. 5, n. 1, dice, *res similes ejusdem quantitatis et qualitatis restituentur; aut earum aestimatio*, QUAE FUIT TEMPORE USUFRUCTUS ACQUISITI: questo dotto giureconsulto cita pure in sostegno della sua dottrina la l. 7—Ora se è vero che nella redazione del titolo dell'usufrutto si sono quasi sempre osservate le leggi romane (V. i discorsi degli oratori su q. titolo), non si sa comprendere come possa sostenersi che l'art. 512 non stabilisce un'alternativa, e che l'usufruttuario debbe restituire il valore che le cose ànno al termine dell'usufrutto—Invano si oppone che accresciuto posteriormente il valore delle cose, vi sarebbe ingiustizia che l'usufruttuario pagasse il valore delle cose all'epoca della costituzione di usufrutto. Imperciocchè qual ingiustizia rende l'usufruttuario che non à profittato che del primitivo valore? Gli art. 787 e 874 possono applicarsi alla causa dell'usufruttuario.

Non è difficile da ultimo di replicare alla obiezione tratta dall'art. 1775: questo art. è sotto il titolo del *prestito*. E in quel titolo consacrato che il mutuatario è obbligato di restituire la cosa nella stessa *qualità e quantità* entro al termine e nel luogo convenuto: art. 1764 e 1774; e se è nell'impossibilità di adempiere a questa obbligazione, deve pagare il valore, art. 1775. Questo art. quindi non accorda al mutuatario l'alternativa di restituire la cosa o il valore, ed è perciò che quando il mutuatario paga il valore deve prendersi in considerazione il tempo della restituzione. È il vero caso di conchiudere *che l'applicazione di ciascuna legge deve farsi a quell'ordine di cose nelle quali essa statuisce. Gli oggetti che sono di un ordine diverso non possono decidersi colle leggi medesime*. Portalis lib. preliminare del progetto del codice, tit. 4, art. 4.

II. L'usufrutto di un fondo di commercio deve considerarsi come un usufrutto su cose fungibili, poichè un fondo di commercio è un'universalità composta di mercanzie a vendere, e le quali potendo trasportarsi da un luogo ad un altro (l. 93, ff. *de verborum significatione*) sono riputate mobili dagl'art. 430 e 458, e che non possono negoziarsi senza consumarle. Ben vero se alla fine dell'usufrutto non si trovano cose della stessa natura, l'usufruttuario è obbligato per arg. dell'art. 1196 a pagarne il prezzo. Decisione della Corte di Cassazione di Parigi del 9 messidoro anno II, in Merlin rep. v. *usufruit* § 4, n. 8. Proudhon t. 2, n. 1010 a 1028—Un arresto contrario del 10 aprile 1814 fu profferito su particolari circostanze di fatto.

di riscuotere le annualità arretrate prima del suo usufrutto : può però esigere gli arretrati maturati e non esatti, durante il suo usufrutto (1).

514. Se l'usufrutto comprende cose che, senza consumarsi in un tratto, si deteriorano a poco a poco coll'uso, come la biancheria e la mobiglia; l'usufruttuario ha diritto di servirsene per l'uso a cui sono destinate, e non è obbligato a restituirle in fine dell'usufrutto se non nello stato in cui si trovano, non deteriorate però per suo dolo o sua colpa (2).

515. Se l'usufrutto comprende selve cedue, l'usufruttuario è tenuto ad

---

III. I crediti non sono cose fungibili, poichè si può senza consumarli, godere degl'interessi che ne derivano: l'usufruttuario non acquista dunque la proprietà per la consegna de'titoli, art. 1535, co'quali potrà esercitare l'aziono necessaria per goderne. V. la nota 3, p. 172.

L'usufruttuario à dritto di ricevere i capitali che sono restituiti da'debitori, e di forzarli al rimborso di quelli cho sono esigibili, senza che fosse necessario un mandato del proprietario. Egli è *procurator ad rem suam* (l. 55, ff. *de procuratoribus*), ed è un principio costante insegnato dagli autori, cho à l'usufruttuario il dritto di esercitare tutte le azioni per forzare i debitori a rimborsare i capitali. Voet *ad pandectas* lib. 7, tit. 1, n. 33. Il debitore in conseguenza che à pagato all'usufruttuario anche senza l'intervento del proprietario, é al coverto da ogni molestia, benchè l'usufruttuario morisse insolvibile. Proudhon t. 2, n. 1044—In una parola quando il capitale è scaduto durante l'usufrutto, diventa cosa fungibile, e come tale nel pieno dominio dell'usufruttuario, il quale è soltanto tenuto a restituirlo alla fine dell'usufrutto.

Ciò stante è evidente, che l'usufruttuario deve prendere iscrizione per conservare il credito ipotecario, e deve prendere la iscrizione tanto nel nome proprio che del proprietario, poichè è il custode de'costui dritti, sotto pena di risponsabilità. *Quid* se l'iscrizione presa a nome di uno de'due potrebbe produrre alcun effetto per l'altro? Se la iscrizione è presa solamente a nome dell'usufruttuario, non deve profittare nè direttamente nè indirettamente all'erede proprietario che non à inscritto per se, così che alla fine dell'usufrutto il credito cessa di essere ipotecario. Se poi l'iscrizione è presa a nome dell'erede proprietario soltanto, il debitore deve sempre gl'interessi, perchè il proprietario à il godimento fino a che non à luogo la domanda del legato dell'usufrutto; ma come il proprietario è debitore personale dell'usufruttuario, così la iscrizione deve giovare indirettamente e per l'avvenire all'usufruttuario. Proudhon t. 2, n. 1037 a 1043. Merlin rep. v. *iscription hypot.*, § 5 nota.

(1) Secondo l'art. 588 del codice francese l'usufrutto di una rendita vitalizia attribuiva pure all'usufruttuario, durante il suo usufrutto, il dritto di riscuotere le annualità arretrate, senza esser tenuto a veruna restituzione. Il nostro art. mentre determina che l'usufruttuario della rendita vitalizia non à dritto di riscuotere le annualità, maturate prima dell'usufrutto, dall'altra parte gli dà il dritto di esigere, dopo finito l'usufrutto, le rendite le quali, essendo durante l'usufrutto maturate, non abbia percepite. Le rendite costituiscono un frutto civile, art. 509, che acquistandosi giornalmente, formano un credito personale dell'usufruttuario, e trasmessibile a'suoi eredi.

(2) Per determinare l'estenzione del dritto di usufrutto sulle cose mobili che si consumano coll'uso, Domat avea stabilito la seguente regola. « L'uso delle cose mobili à i suoi » limiti e la sua estenzione, secondo il titolo che lo stabilisce; e questo uso si determina » o dalla intenzione de'contraenti, se il titolo sia una convenzione, o dalla intenzione del » testatore, se sia un testamento. E di questa intenzione si giudica o da'termini del titolo » o dalle circostanze, come dalla qualità di colui a chi è stato dato l'uso delle cose, dal » motivo di quello che lo à dato, dall'uso che ne facea egli stesso, e da altre simili circo» stanze. Si à parimente riguardo alla consuetudine, se ve ne sia alcuna la cui disposizio» ne possa rapportavisi. Da questi principî bisogna giudicare se, per esempio, un uso dei » mobili comprenda tutte le cose di tal natura senza eccezione, o solamente alcune, e co» mo si può farne la distinzione, se estendasi ad ogni sorte di servigi e di profitti che se » ne possono ricavare, o se sia limitato ad alcuni servigi ed a certi profitti ». Lib. 1, tit. XI, sez. 3, n. 9.

Così le leggi romane decidono che l'usufruttuario degli abiti non può locarli, perchè non è a quest'uso che un buon padre di famiglia impiega i mobili di questa natura l. 15, § 4, ff. *de usufructu;* e viceversa gli abiti da teatro, i mobili di parata ed altri ornamenti di pompe funebri possono locarsi, perchè a quest'uso sono destinati, l. 15, § 5, ibid. Lo stesso dicasi di una barca per trasportare mercanzie. Domat l. 1, tit. XI, sez. 3. n. 10.

I mobili di cui qui è parola non si possono vendere, poichè l'usufruttuario è obbligato di conservarli ed è risponsabile delle degradazioni le quali non sono l'opera del tempo

osservare l' ordine e la quantità de' tagli, giusta la distribuzione e la pratica costante de' proprietarj: ma nè egli nè gli eredi suoi han diritto ad indennità per causa di non aver fatto, durante l' usufrutto, i tagli ordinarj.

I piantoni, quando si possano estrarre da un semenzajo senza deteriorarlo, formano egualmente parte dell' usufrutto, coll' obbligo all' usufruttuario di conformarsi agli usi de' luoghi per lo rimpiazzo.

516. L' usufruttuario, uniformandosi sempre all' epoche ed alla pratica degli antichi proprietarj, profitta ancora delle parti di bosco di alberi di alto fusto, che sono state distribuite in tagli regolari; sia che si facciano periodicamente sopra una certa estensione di terreno, o si facciano di una determinata quantità di alberi presi indistintamente su tutta la superficie del fondo.

517. In tutti gli altri casi non è lecito all' usufruttuario di valersi degli alberi di alto fusto. Può solamente adoperare per le riparazioni cui egli è tenuto, gli alberi svelti o spezzati per accidente: a questo oggetto può anche farne abbattere, se è necessario; ma è tenuto di farne constare la necessità al proprietario. V. l' art. 530.

518. L' usufruttuario può prendere ne' boschi pali per le vigne, del pari che i prodotti annuali e periodici degli alberi; osservando sempre l' uso del paese, o la pratica de' proprietarj (1).

519. Gli alberi fruttiferi che periscono, come anche quelli che sono svelti o spezzati per accidente, appartengono all' usufruttuario col peso di surrogarne altri (2).

---

e dell'uso legittimamente esercitato (*). La generalità dell'art. 520 è modificato dall'art. in esame, la cui disposizione essendo più speciale deve servire a modificare l'altra, secondo la regola, *in toto jure generi per speciem derogatur*, *et illud potissimum habetur*, *quod ad speciem directum est*, l. 80, ff. de regulis juris. La vendita per altro sarebbe valida in faccia a'terzi, perchè in materia di mobili, il possesso vale per titolo, art. 2185; ma l'usufruttuario sarebbe obbligato di pagare il prezzo de'mobili venduti, secondo lo stato estimativo. Proudhon t. 2, n. 1074 a 1082.

L'usufruttuario è tenuto non solo del suo dolo o colpa, ma altresì di quella delle persone del cui fatto è tenuto a rispondere: art. 1338.

(1) Nel nostro regno è stata sempre con particolare attenzione riguardata la economia de'boschi e delle selve. Ferdinando d'Aragona nel 1515 emanò la prammatica, nella quale venne detto: — *Quod in nemoribus tam regiae curiae*, *quam privatorum non possint incidi arbores aptae ad costruendum triremes*, *quia crescente numero piratorum*, *necesse est*, *ut crescat etiam numerus triremium*, *et aliorum vascellorum non solum ad defensionem*, *sed ad offensionem* — Furono in prosieguo stabilite delle norme con reali dispacci de'21 giugno e 2 agosto 1749; ed è noto il celebre bando della regia camera della sommaria del 6 febbraio 1759 con cui fra l'altro si prescrisse: 1.° Di non dissodarsi i boschi, col divieto anche a'particolari che li possedevano di ridurli a terreni seminatorii: 2.° Di non recidersi gli alberi di querce e le altre specie di alberi atti alla costruzione di navi e galere. Si pose inoltre freno alla licenza di bruciare, recidere ed estrarre fuori regno i legnami.

Nell' attuale sistema di pubblica amministrazione il governo dovea invigilare alla conservazione de'boschi. La legge del 20 gennajo 1811 fu la prima pubblicata in questa materia, e posteriormente fu pubblicata altra legge nel dì 18 ottobre 1819, nel preliminare della quale sono marcati i principî di pubblica economia su' quali poggia — La legge novissima su' boschi è de'25 agosto 1826, resa comune ed applicata alla Sicilia con decreto de'26 marzo 1827.

(2) La disposizione di questo articolo essendo limitata agli alberi fruttiferi, non dev'essere estesa agli altri alberi grandi che fossero periti o spezzati dalla tempesta, altrimenti bisognerebbe conchiuderne che se un bosco intero fosse abbattuto dalla violenza della tempesta, gli alberi apparterrebbero all' usufruttuario. Toullier t. 3, n. 410.

(*) La legge spinge più oltre la sua previdenza riguardo al donante di effetti mobili con riserva di usufrutto, ed a'genitori che ànno l'usufrutto legale su' mobili de' loro figli. Se non li restituiscono in natura, sono tenuti della loro perdita, in qualsivoglia modo abbia luogo: art. 376 e 874.

520. L' usufruttuario può godere egli stesso, o dare in affitto ad altri, o vendere, o cedere l'esercizio de' suoi diritti a titolo gratuito (1). Affittando, è tenuto ad uniformarsi, pel tempo in cui l' affitto debbe essere rinnovato, e per la sua durata, alle regole stabilite pel marito, riguardo a' beni della moglie, nel titolo *del contratto del matrimonio e de' diritti rispettivi de' conjugi* (2). V. gli art. 1400 e 1401.

(1) La percezione de' frutti si poteva per diritto romano vendere, donare o affittare; l. 12, § 2, ff. *de usufructu*, e § 1 Inst. *de usu et habit.* I dottori però discettarono se la cessione che un usufruttuario faceva ad un terzo del suo dritto, ne operava l'estinzione e riconsolidava l' usufrutto alla proprietà. Poggiandosi sulla legge 66. ff. *de usufructu* e sul §. 3 Inst. *de usufructu*, alcuni dottori sostennero l'affermativa (*), ma per l'opinione contraria s'invocano le leggi 35, § 1, 38 e 39 ff. *de usufructu*, e 22 ff. *quibus modis usufructus amittatur*, le quali dichiarano formalmente che l' usufruttuario il quale ha dato in fitto, venduto, donato o ceduto ad un terzo, è sempre riputato godere per mezzo del cessionario. Domat lib. 1, tit. XI, sez. 1, n. 27. Repert. v. *usufruit*, § 4, n. 10—Quest'ultima opinione è consacrata dal nostro articolo che permette all'usufruttuario di *cedere l'esercizio de' suoi dritti*. Sono notevoli queste parole, poichè il cessionario esercitando i dritti dell' usufruttuario cedente perde il godimento coll' estinzione del dritto dell'usufruttuario: *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*—L' usufruttuario volendo vendere, cedere o affittare il dritto di usufrutto non è obbligato d'interpellare il proprietario, nè questi à dritto di essere preferito. L. 67. ff. *de usufructu*. Perezio sul tit. del Codice *de usufructu et habitat*, n. 13.

Non si dubita che l'usufrutto può essere dato in pegno, cosichè i frutti possono essere sequestrati ed il dritto espropriato: art. 1962, 1963, 2004, n. 2, leg. civ.: art. 81 e 86, n. 4, della legge di espropriazione forzata de' 29 dicembre 1828. L. 11 e 15, ff. *de pignor et hypoth*. L. 72 ff. *de regul. jur.* l. 69, § 1 ff. *de legat.* l. 48 ff. *de jure fisci*. Ben vero, osservano i dottori, che nel titolo costitutivo dell'usufrutto può stabilirsi che non possa essere obbligato a'debiti anteriori dell'usufruttuario, e ciò per la ragione che il proprietario poteva sulla sua cosa imporre tutte quelle condizioni e restrizioni alle quali niuna legge fosse d'impedimento. Voet *ad pandectas tit.* 7, lib. 1, n. 32. in fin.

(2) La massima che *resoluto jure dantis resolvitur et jus accipientis* avea luogo per dritto romano anche negli affitti fatti dall'usufruttuario; conciosiachè nella l. 9, § 1, ff. *locati* era consacrato il principio che l'affitto si scioglieva al momento della cessazione dell' usufrutto, senza che il fittajuolo avesse azione in garantia contro gli eredi dell'usufruttuario il quale non avea dissimulato la sua qualità. L'interesse dell'agricoltura e la tranquillità de'fittajuoli àn fatto derogare alla massima *resoluto iure* ec., poichè l'art. in esame prescrive di doversi il fittajuolo mantenere nel suo godimento anche dopo cessato l'usufrutto.

Ben vero il prezzo dell' affitto la cui durata si proroga sin dopo l' usufrutto dev' essere pagato al proprietario, il quale non è obbligato di confermare il fitto stipulato dall' usufruttuario, quando lo è stato a vil prezzo e di mala fede, ed ancorchè il fittajuolo offrisse di accrescerne il prezzo. Decisione della Corte di Caen de' 13 agosto 1812 in Dalloz, v. *usufruit*.

Sotto l'impero dell'antica giurisprudenza era un'opinione accreditata che le locazioni a lunghi anni (**) trasferivano la proprietà: Cujacio, Bartolo, e gli altri dottori, glos. in verbo *non existisse* in leg. *Codicillis § Institutio* ff. de legatis, 2. Questa dottrina però non era ammessa senza contraddizione. Vinnio ad Inst. lib. 3, tit. 25, § 3. Rep. v. *bail*, § 4. Oggi non si mette in dubbio che la durata di una locazione non ne cangia la natura e non ne modifica gli effetti (Repert. v. *bail* § 4. Proudhon *de l'usufruit* t. 1, n. 120); ma non è men vero che quelli che ànno la capacità di far locazioni non possono acconsentire a locazione di una durata più lunga di nove anni, che eccederebbe gli atti di amministrazione: art. 404, 1400. È questa la ragione per cui l'art. 520 in esame sottopone l'usufruttuario, per le epoche, la rinnovazione e la durata degli affitti alle regole stabilite pel marito amministratore de' beni della moglie: vedi gli art. 1400 e 1401.

Se l'usufruttuario avesse affittato i beni per più di nove anni, avrebbe il fittajuolo un'a-

(*) Cujacio ad Ulpian. fragm. tit. 19, n. 10. Vinnio ad § 3 Inst. *de usufructu*, n. 4. Galvano *de usufructu*, cap. 38. Coccei *jus. civ. controv.* lib. 7, tit. 4, quest. 3.

(**) Il più gran numero degli antichi autori fissava la durata delle locazioni a lunghi anni, a nove anni Rep v *Bail*, § 4.

V. gli art. 481 e 482. 521. L' usufruttuario gode degl' incrementi prodotti per alluvione al fondo di cui ha l' usufrutto (1).

V. l'art. 623. 522. Gode de' diritti di servitù di passaggio, e generalmente di tutti quelli di cui potrebbe godere il proprietario ; e ne gode come il proprietario medesimo (2).

---

azione di danni-interessi contro l'usufruttuario o suoi eredi , pel non godimento del periodo eccedente i nove anni? Bisogna distinguere il caso in cui l'usufruttuario avesse stipulato come proprietario, dissimulando la sua qualità di usufruttuario, dal caso in cui avesse fatto conoscere la sua qualità. Nel primo avrebbe il fittajuolo l'azione de'danni, per essere stato indotto in errore dall'usufruttuario. Non così nel secondo, perciocchè le parti si reputano di essersi riportate alle disposizioni della legge, nè potrebbe il fittajuolo allegare la sua ignoranza della disposizione della legge, per la massima *juris ignorantia non prodest acquirere volentibus*, l. 7. ff. *de juris et facti ignorantia*. Proudhon t. 2. n. 1220.

A noi sembra che la disposizione dell' art. in esame non sia applicabile agli affitti fatti dall'usufruttuario a tempo determinato. Imperciocchè l'usufruttuario avendo in questo caso conoscenza del dì in cui finisce il suo dritto, non può certamente trasmettere il godimento in pregiudizio del propietario. Che se l'interesse dell'agricoltura e del fittajuolo àn determinato la disposizione dell'articolo, questi motivi non trovano applicazione nel caso del l'usufrutto a tempo, per la ragione che il fittajuolo avendo stipulato coll'usufruttuario dovea conoscere che il termine dell'usufrutto non era eventuale ed incerto per quanto l'è il termine della vita umana, sibbene certo e determinato : vi è quindi presunzione che l'affitto stipulato al di là della durata dell'usufrutto sia fatto in frode del proprietario. Laddove poi l'usufruttuario avesse dissimulato la sua qualità, avrebbe il fittajuolo un'azione de'danni-interessi contro di lui per essere stato indotto in errore.

(1) Gli oggetti che fanno *accessoriamente* parte di una disposizione di usufrutto, possono riportarsi a quattro classi : 1.° Agli accrescimenti che ànno per causa l' alluvione ; 2.° Agli accessori che ànno per causa la destinazione del padre di famiglia; 3.° A'dritti incorporali che debbono essere considerati come formanti civilmente parte del fondo o della disposizione; 4.° A'dritti che sono dovuti, in via di conseguenza, per l'esecuzione della disposizione. Di questi due ultimi si terrà discorso nelle osservazioni all'art. susseguente.

1.° *Accrescimenti che ànno per causa l'alluvione*.. Secondo l' art. 521 l'usufruttuario gode di quest'incrementi. Sono quindi applicabili gli art. 480 e 481.

L'usufruttuario à dritto di godere dell'isola che a' termini dell'art. 486 si forma nel fondo? La l. 9, § 4 , ff. *de usufructu* pronunzia la negativa , per la ragione che l'isola è un altro fondo. Proudhon t. 1, n. 524, e Delvincourt l. 2, tit. 3, nota 32 opinano di doversi seguire questa risoluzione, perciocchè per l'art. 521 l'usufruttuario deve profittare degli aumenti avvenuti per alluvione, ossia degli accrescimenti impercettibili che sono inerenti al fondo e che con questo l'identificano: or non può dirsi lo stesso dell'isola ch'è materialmente separata dal fondo gravato di usufrutto. Nello stesso modo, dice Proudhon , n. 517, debbe risolversi la quistione se l'usufruttuario debba godere degl'incrementi avvenuti nel fondo per impeto dell'acque , a' termini dell'art. 484. — Questa risoluzione però à luogo nel caso in cui l'usufrutto fosse costituito a titolo singolare: diversamente debbe dirsi dell'usufruttuario universale, il quale deve avere il godimento totale o parziale di tutt'i dritti ereditarii, e di tutto ciò che per effetto di questi dritti può aumentare la massa della successione. Proudhon ibid., n. 529.

2.° *Accessori che àn per causa la destinazione del padre di famiglia*. L'usufruttuario di un immobile, a titolo oneroso o gratuito, deve godere delle cose che quantunque mobili sono destinate al servizio di un fondo: arg. degli art. 972, 1020, 1461. Così l'usufruttuario à dritto di godere gli animali, gli utensili aratorii e gli altri oggetti che per gli art. 445, 446. 447 e 448 sono reputati immobili e formanti parte del fondo. Non gode del tesoro per la ragione indicata nella nota 1, pag. 168.

(2) La disposizione di questo art. ci dà materia ad esaminare i dritti incorporali che sono gli accessorii del fondo o della disposizione; ed i dritti che sono dovuti per l'esecuzione della disposizione.

I.

De dritti incorporali che sono gli accessori della disposizione, ossia de'dritti dell'usufruttuario in fatto di azioni.

Il legatario di un diritto di usufrutto à tre azioni per ottenere l'immessione in possesso, 1.° Un'azione personale contro l'erede pel rilascio della cosa legata, art. 930 , 965 , 968 :

523. L' usufruttuario gode delle miniere e delle cave di pietre, che sono aperte ed in esercizio al tempo in cui si fa luogo all' usufrutto, nel modo stesso che ne godrebbe il proprietario.

Non ha però verun diritto sulle miniere o cave di pietre non ancora aper-

formalità tanto più essenziale ch'essa sola può mettere il legatario in possesso del suo dritto ad autorizzarlo ad agire contro i terzi; 2.° Ha su'beni dell'eredità un'azione ipotecaria che la legge accorda generalmente a tutt'i legatari; art. 971; 3.° L'usufruttuario à un'azione reale in virtù della quale può seguire l'immobile in qualunque mano passi, cioè a dire contro tutt'i terzi detentori, l. 5 § 1 ff. *si usuf. petat*; arg. degli art. 1362 e 1375.

Da questi principii segue: 1.° Che l'usufruttuario à qualità sì per agire che per difendersi contro l'azione *finium regundorum*, l. 4, § 9 ff. *finium regundor.*: art. 568. Toullier t. 3, n. 181. Delvincourt lib. 2, tit 4, nota 38. Proudhon t. 2, n. 1243. Duranton t. 5, n. 357. Pardessus era di contraria opinione, ma si è poi ritrattato nella quarta edizione del suo trattato delle servitù. — Questo stabilimento di termini però non può essere che provvisorio nell'interesse del proprietario che non vi è stato chiamato, perciocchè giudizio di simil natura versa realmente su di una quistione di proprietà che non può definitivamente statuirsi senza l'intesa del proprietario, art. 568. 2.° L'usufruttuario à azione di divisione contro i terzi co'quali possiede in comunione, l. 13, § 3, ff. *de usufructu*, e l. 7, § 7, ff. *communi divid.*; art. 734; e questa divisione fatta senza l'intervento del proprietario non può essere che provvisionale, arg. dell'art. 737. Nè il nudo proprietario potrebbe intentare l'azione di divisione senza chiamarvi l'usufruttuario, perciocchè avendo costui il dritto di sorvegliare alla determinazione dei beni su'quali deve godere il suo usufrutto, à un interesse diretto nella divisione. La divisione dunque fatta senza l'intesa dell'usufruttuario non può essergli opposta, ed à dritto di farla ricominciare, l. 31 ff. *de usu et usuf. leg*: arg. degli art. 524 e 737. Proudhon t. 2, n. 1245 a 1256. 3.° L'usufruttuario à contro il vicino l'azione per ottenere il libero uso delle servitù che sono dovute al fondo di cui à il godimento, non chè à azione per difendersi contro la servitù che si pretende sul fondo: o in altri termini à l'azione *confessoria e negatoria*: l. unic. §. 4, ff. *de remissionib.* Gotofredo sulla l. 5. in princ. ff. *si ususf. petat*. Toullier t. 3, n. 418. Proudhon t. 2, n. 1257 e 1258.

4. L'usufruttuario può esercitare le azioni possessorie. Si potrebbe obiettare che i detentori a titolo precario non ànno il vero possesso, perchè non possono prescrivere, art. 2134, 2135, 2142. A questa obiezione si risponde che l'usufruttuario à un doppio possesso, uno *vero* come proprietario del dritto di usufrutto, e l'altro *precario* come detentore della cosa altrui (vedi la nota all'art. 503 in fine) e quindi possiede nel nome proprio il dritto reale dell'usufrutto; che anzi l'usufruttuario è procuratore del proprietario per conservare il possesso, sotto pena de'danni-interessi, art. 539. In una parola il dritto dell'usufruttuario di agire nel possessorio è stabilito dalla l. 4 ff. *uti possid.*, prende argomento dall'art. 1399 ed è insegnato da molti autori antichi e nuovi. Cujacio *observat.*, lib. 9, cap. 33. Vinnio Inst. §. 5 *de interdictis*: Donnello, ad l. unic. cod. *uti possid.* Pothier *traité de la possession*, n. 100. Henrion de Pansey *competence des juges de paix*, p. 394; Proudhon t. 2, n. 1259 a 1266. Merlin rep. v. *usufruit*, § 4, n. 14. Poncet *traité des actions* n. 78 e seg. Carré *traité de l'organ et de la compét.*, lib. 2 tit. 1 art. 231, e *lois de proced.* 1 parte, lib. 1, tit. IV, nota 1. Berriat Saint-Prix parte 1 sez. 2, cap. 2, art. 2, nota 29. Delvincourt lib. 2. tit. 3, nota 36.

II.

De' dritti che sono dovuti per l'esecuzione della disposizione.

È regola di dritto che *qui vult finem debet velle media conducentia ad finem*.

Da ciò nasce: 1.° Che l' usufruttuario gode giusta l'art. 522 *de' dritti delle servitù di passaggio*. Queste espressioni sono inserite nel testo *exempli gratia*, e non sono limitative, per la ragione che in seguito dell'art. è detto, l' usufruttuario deve godere di tutt'i dritti di cui goderebbe il proprietario medesimo. Proudhon t. 1, n. 545. — 2.° Che in conseguenza, allorchè il testatore abbia legato l'usufrutto di un fondo chiuso, ed al quale non si potrebbe pervenire che attraversando gli altri fondi ereditari, o altro fondo legato ad un terzo, si reputa di aver accordato all'usufruttuario il dritto di passaggio, l. 1, ff. *si usuf. petat.* l. 15, §. 1 ff. *de usu et usuf. legat.*; e reciprocamente l'usufruttuario di un fondo pel quale il testatore era nell'uso di passare per andare ad altri fondi, è obbligato di soffrire il passaggio necessario all'erede, l. 41 in princ. ff. *de servit urb.* Questi dritti di passaggio debbono esercitarsi conformemente all'uso degli antichi proprietari, e nella maniera meno dannevole pe' fondi che li soffrono, l. 15 § 1 ff. *de usuf. legat.* e l. 2, § 2, ff. *si servitus vindic.* Il dritto di passaggio che si accorda all'usufruttuario non è *jure servitutis*; d. l. 2, § 2, *si ser. vindic.*, e Gotofredo ibid.

te , nè su quelle di materie combustibili non incominciate a scavarsi; nè sul
V. l'art. 636. tesoro che potesse essere scoperto , durante l' usufrutto (1).

524. Il proprietario non può col proprio fatto , nè in qualunque siasi modo , nuocere a' diritti dell' usufruttuario (2).

---

(1) Per dritto romano l'usufruttuario poteva aprire una cava di pietre o di altre materie nel fondo, poichè le pietre che ne ricavava erano in luogo di frutti. Dovea però badare a non deteriorare il fondo da recar pregiudizio a' dritti del proprietario, l. 13 §. 5 e 6 ff. *de usuf.* Domat lib. 1, tit. XI, sez. 1, n. 5.

Il codice per evitare delle frequenti occasioni di contestazioni (Gary in Locré 4, p. 139 n. 14) distingue le miniere e le cave di pietre aperte nell'epoca in cui cominciò l'usufrutto, da quelle che potrebbero aprirsi dopo. Nel primo caso l'usufruttuario à il dritto di godere delle miniere o delle cave di pietre, perchè prende il fondo nello stato in cui si trova, art. 525: ben vero se a' termini della legge de' 17 ottobre 1826 sulle miniere (v. le pag. 147 e 148) le cave o le miniere si trovavano concedute ad un terzo con autorizzazione del governo, l'usufruttuario non à dritto di goderle. Nel secondo caso l'usufruttuario non vi à alcun dritto, perchè la legge non considera questa specie di prodotti come frutti del fondo. Questo art. quindi è una limitazione alla disposizione generale contenuta nell' art. 507 su' dritti dell' usufruttuario. Sembra intanto che l' usufruttuario potrebbe aprire una cava di pietra per fare delle riparazioni sul fondo, l. 12 in princ. ff. *de usufructu.*

Il *tesoro* non è un frutto del fondo, poichè i fondi non ne producono; non è una parte accessoria del suolo, poichè è di una natura totalmente differente. Non è nel patrimonio, nè nel possesso del proprietario prima che la scoverta ne sia stata fatta. È questa la ragione per cui è sottomesso a delle regole specialissime. Proudhon t. 1, n. 543 e 544.—Se però l' usufruttuario ne fosse l'inventore, gli apparterrebbe a questo titolo la metà del tesoro: art. 636.

Si noti in generale sulla disposizione di questo art., che degli oggetti in esso indicati non gode l' usufruttuario a qualunque titolo, fosse anche universale. Proudhon t. 1, n. 543.

(2) Questa prima parte dell' art. 524 sancisce in massima quali sieno le obbligazioni del proprietario di un fondo gravato di usufrutto. La sua disposizione è consona alla legge 15, §. 6 ff. *de usufructu.*

Il principio generale di non potere il proprietario nuocere a' dritti dell'usufruttuario è applicato dalle leggi a diverse specie particolari:

1.° Il proprietario non può costruire una fabbrica sopra una terra rasa, l. 5. §. ult. ff. *quibus modis usufructus.*

2.° Non può elevare di un appartamento una casa di già costruita, l. 7, § 1 *de usufructu*, sotto il pretesto che questo miglioramento sarebbe profittevole all' uno ed all' altro, perciocchè l'usufruttuario sarebbe turbato nel suo godimento.

3.° Non può imporre alcuna servitù, a meno che non lo faccia senza nuocere all' usufruttuario. Per esempio, quest'ultimo nulla potendo costruire di nuovo, poco gli cale che il proprietario assoggetti il fondo alla servitù *altius non tollendi*; e non è ammessibile ad impedirlo, l. 15, § 7; l. 16 ff. *de usufructu.* Il proprietario può eziandio, per suo proprio vantaggio, inalzare una casa che possiede, adjacente a quella ch' è gravata di usufrutto, sebbene, con ciò, diminuisca il valore di quest' ultima. Ma se l' inalzamento rendesse la casa dell' usufruttuario talmente oscura, che non fosse più possibile di abitarla , il proprietario sarebbe obbligato di rimettere le cose in uno stato convenevole: l. 30, ff. *de usuf.*; l. 1, §. 4, ff. *si usufructus petatur.*

4.° Ove il fondo vicino sia gravato di una servitù verso quello di cui l'usufruttuario à dritto di godere, il proprietario non può liberarnelo: l. 2, ff. *si usufructus petatur.*

5.° Il proprietario non può far abbattere gli alberi di alto fusto, perchè sarebbe distruggere l' usufrutto di cui sono gravati, l. 16, §. 6, ff. *de usufructu*; l. 13. ff. *de usu et usufructu legato.* Se impertanto egli offrisse di risarcire l' usufruttuario, quest'ultimo sarebbe obbligato di lasciargliene cavare quel partito che converrebbe a' suoi interessi. È questa la conseguenza della massima *quod mihi prodest, si tibi non nocet, non debes impedire.* Repert. v. *usufruit*, §. 3, n. 3.

6.° Quando gli alberi divelti per la forza de' venti incomodano l'usufruttuario, il proprietario cui appartengono, è obbligato di farli togliere, l. 19, §. 1, ff. *de usufructu. Quid* se il proprietario non li toglie? L' usufruttuario à l'azione di costringere il proprietario a toglierli o *a farne l' abbandono*, perchè come osserva Pothier nelle sue annotazioni sulla l. 19, §. 1, ff. *de usufructu*, l'usufruttuario non può avere un' azione diretta contro il propretario per costringerlo a fare qualche cosa: *scilicet*, egli dice, *ut eas*

L' usufruttuario dal suo canto non può in fine dell' usufrutto ripetere alcuna indennità pe' miglioramenti che pretendesse d' aver fatti, ancorchè fosse aumentato il valore della cosa. Benvero potranno i miglioramenti compensarsi colle deteriorazioni fatte (1).

Può egli bensì, e possono i suoi eredi togliere gli specchi, i quadri ed altri ornati, che vi avesse fatti collocare, coll' obbligo per altro di restituire i locali nel loro pristino stato (2).

---

tollat, nisi malit eas pro derelictis, habere. Et sic proprie, non cogitur ad aliquid faciendum, cum possit eas nisi fallor, pro derelictis habere; sed prohibetur quominus per se aut per res suas impediat frui. Vedi la nota 2, pag. 173.

(1) La legge nega all'usufruttuario il dritto di ripetere i miglioramenti che avesse fa tti sul fondo (vedi la l. 15 ff. *de usufructu*). » L'equità, disse Gary oratore del tri» bunato (in Locré 4, p. 138, n. 11) sembra dapprima opporsi in quanto che il pro» prietario profitta a spese dell'usufruttuario dell'evidente miglioramento della cosa. Ma » quando si considera che l'usufruttuario ne à anche egli stesso raccolto il frutto, che » questo miglioramento non è d'altronde agli occhi della legge se non che il naturale » risultato di un illuminato godimento e di una saggia e vegliante amministrazione (*); » quando si pensa che non dev'essere in potere dell'usufruttuario di pagare anticipa» tamente il proprietario di reintegrazioni che potrebbero essergli spesso gravose; quan» do si riflette finalmente alle infinite contese che soffoca, nella loro nascita, la dispo» sizione che vi è sottomessa, non può negarsele l'assenso ». — Ed a questi ragionamenti si può aggiungere, che l'usufruttuario conoscendo che la proprietà ad un altro appartenevasi, si presume di aver fatto le migliorie *animo donandi*.

Se i miglioramenti sono stati fatti dal fittajuolo cui l'usufruttuario avea locati i fondi, à dritto a ripeterli non contro gli eredi dell'usufruttuario, ma contro il proprietario, che non deve profittare delle migliorie fatte da un terzo; art. 430, e la nota 1, pag. 150. Proudhon t. 2 n. 1456 e t. 3, n. 2171.

La parola *miglioramenti* si applica a tutte quelle opere che ànno aumentato il prodotto o il valore del fondo, altrimenti sarebbe piuttosto una cosa inutile che un miglioramento. Di questi miglioramenti l'art. intende parlare, e non già delle riparazioni che vanno nella classe delle spese necessarie. (Vedi la nota 1, n. 4, pag. 150), e che si possono ripetere dall'usufruttuario: vedi le note 1 e 2 pag. 173.

Benvero possono i miglioramenti compensarsi colle deteriorazioni fatte. Se l'usufruttuario deve usufruire da buon padre di famiglia, art. 525, ed è perciò risponsabile delle deteriorazioni; e se dall'altra parte avesse fatti sul fondo de' miglioramenti che non si possono ripetere, l'equità esige che le deteriorazioni restino compensate co'miglioramenti. Questa disposizione è adunque un'utile aggiunzione fatta al corrispondente art. 599 del codice francese, uniformemente alle opinioni de'dotti. Pothier *traité du douaire*, n. 277; *de la propriété* n. 350. Maleville sull'art. 599. Toullier t. 3, n. 428.

(2) Con queste espressioni la legge intende stabilire che l' usufruttuario può togliere gli oggetti che sieno di natura mobiliare, poichè parla di quadri ed *altri ornati*, cioè di cose che possono essere trasportate e levate. Non potrebbe quindi l'usufruttuario demolire un edificio che avesse fabbricato sul fondo, ancorchè offrisse di ridurre i locali nel loro pristino stato, perciocchè la legge non gli dà dritto di togliere sotto questa condizione che le cose mobiliari e di puro ornamento. Proudhon t. 2, n. 1442 a 1448. Toullier t. 3, n. 427.

(*) *Fructuarius causam proprietatis deteriorem facere non debet: meliorem facere potest* l. 13 §. 4, ff. *de usufructu*.



SEZIONE II.

Delle obbligazioni dell' usufruttuario (1).

525. L' usufruttuario prende le cose nello stato in cui si trovano (2); ma non può conseguirne il possesso se non dopo aver fatto fare in presenza del proprietario, o dopo averlo formalmente citato, un inventario de' mobili, ed uno stato degli immobili soggetti all'usufrutto (3); purchè non ne sia stato dispensato coll' atto costitutivo dell' usufrutto (4).

526. Egli presta cauzione di usufruire da buon padre di famiglia (5), se

---

(1) Le obbligazioni dell'usufruttuario si riferiscono a due specie: le une riguardano la sua immissione in possesso, e le altre si riferiscono al modo del godimento delle cose soggette ad usufrutto.

(2) Nello stesso modo come il compratore; art. 1460. Non à quindi azione contro il proprietario per esser fornito de'comodi che manchino nel fondo su cui è costituito l'usufrutto. Se però il fondo si è deteriorato per colpa del proprietario o per la mora a consegnarlo, dev' egli risentire il peso degli accomodi: art. 1090 e 1092.

(3) L'usufruttuario è nell'obbligo di fare a sue spese l'inventario e lo stato degli immobili in presenza delle persone interessate, per indicare in che consistono ed in quale stato prende le cose sì mobili che stabili, a fine di regolare ciò che dovrà restituire alla fine dell'usufrutto, ed in quale stato dovrà restituirle. L'inventario e lo stato possono farsi in doppio originale se le parti sono di maggior età, altrimenti secondo le forme prescritte dagli art. 1018, 1019 e seg. proc. civ. Se il proprietario si negasse ad un inventario amichevole, non è necessario convenirlo in giudizio, ma basta intimarlo perchè comparisca innanzi al notajo per assistere alla confezione dell'inventario: in questo atto deve indicarsi il perito per la stima de'mobili, o lo stato de' luoghi, invitando il proprietario a nominare il suo, non che a convenire nella nomina di un terzo. Laddove il proprietario non comparisca, si procederà in sua contumacia; dopo di che l'usufruttuario rileverà copia dell'inventario, facendola intimare al proprietario. Il costui silenzio importa acquiescenza all'operato: può benvero chiedere che si proceda contraddittoriamente ad un nuovo inventario, o stato de'luoghi, purchè acconsentisca ad anticipare le spese senza ripetizione. Maleville su questo art., e Toullier t. 3, n. 419.

Trascurando l'usufruttuario di fare stendere lo stato de'luoghi si presume di averli ricevuti in buono stato, quale presunzione cederebbe alle pruove contrarie, che potrebbonsi ricavare dallo stato de'luoghi verificato per mezzo di periti o di testimoni. Toullier t. 3, n. 421.

(4) La l. 1, § 4 ff. *quemadmodum usufructuarius caveat* non imponeva precisamente all'usufruttuario l'obbligo di fare l'inventario: essa limitavasi a dargliene il consiglio, ed è chiaro che il testatore poteva dispensare dall'inventario. Nel Consiglio di stato di Francia si ritenne che la clausola colla quale il testatore dispensa l'usufruttuario dall'inventario è valida; perciocchè il testatore che poteva dapprima dare la proprietà della cosa può, con maggior ragione dispensare il suo legatario delle condizioni ordinarie imposte al godimento dell'usufruttuario. Locré 4, p. 117 e 119, n. 20 e 33. I giureconsulti convennero sulla validità di questa clausola. Maleville su questo art. Merlin rep. v. *usufruit*, §. 2, n. 2. Toullier t. 3, n. 420. Delvincourt lib. 2, tit. 3, nota 42.

Il nostro legislatore per troncare su di ciò ogni controversia, massime per l'argomento contrario che potrebbe emergere dall'art. 526, a'termini del quale l'usufruttuario può *essere dispensato dal titolo costitutivo dell'usufrutto* (obiezione per altro confutata da Merlin ibid.), à sublimato in legge l'opinione de'dotti, aggiungendo al corrispondente art. 600 del codice francese, *purchè non sia stato dispensato col titolo costitutivo dell' usufrutto.*

Se il testatore lasciasse eredi a'quali è dovuta la riserva, la dispensa dell'inventario sarebbe nulla, perciocchè è necessario di far constare il valore de'beni mobili, per conoscersi se il dono sia o pur no eccessivo. Ed anche quando il dono non eccedesse la quota disponibile, la dispensa dall'inventario sarebbe inutile, perciocchè dovrebbe procedersi ad una divisione che tiene luogo d'inventario. Toullier t. 3, n. 420.

(5) Le obbligazioni dell'usufruttuario, che àn rapporto al godimento, sono tutte comprese in una sola, quella di usare de'beni da buon padre di famiglia; cioè godere con uno spirito di amministrazione e di conservazione da meritare l'approvazione di un uomo pro-

pure non è dispensato dal titolo stesso da cui deriva l'usufrutto (1). Il padre

bo che non avrebbe interesse nella cosa, l. 9 ff. *de usufructu*. Questo principio generale è dalle leggi applicato à diversi casi particolari :

1.° L'usufruttuario deve astenersi severamente da tutto ciò che può deteriorare i beni, l. 13, §. 4 : l. 65, ff. *de usufructu*. Così non gli è permesso di locare per uso di albergo una casa ordinaria, l. 13, §. 8, ff. *de usuf.*; e se gli è permesso di locare per uso di albergo una parte della casa che ha ricevuto questa destinazione dal proprietario, non potrebbe stabilirvi un luogo di prostituzione, nè locarla a questo uso illecito; l. 27, §. 1, ff. *de usufructu*, e l. 7, ff. *de usu et habit.*

2.° Non può lasciare incolti i fondi che sono di natura da esser coltivati; l. 9 in princ. ff. *de usufructu*.

3.° Non può alzare un tetto sopra mura dove non ve n'era prima della costituzione di usufrutto, perocchè dice la l. 44, ff. *de usuf.*, altro è conservare ciò che si è ricevuto, altro è fare di nuovo.

4.° Deve conservare la superficie della cosa, ed in conseguenza non può cangiare i viali ed i passaggi ne'giardini o fondi coltivabili, nè di una camera farne due, o di due una, nè cangiare l'entrata o il vestibolo della casa, l. 13, §. 4 e 7, ff. *de usuf.* Del pari, dice Pothier (*traitè du donaire*, n. 217) l'usufruttuario di una casa non può, senza il consenso del proprietario ingrandire nè diminuire le finestre, perchè a prescindere che potrebbe soffrire la fabbrica, il proprietario può avere delle ragioni di preferire delle grandi finestre che danno più luce, come anche di preferire le più piccole che danno minor freddo.

5.° Non può terminare un edificio incominciato dal proprietario, a meno che non ne abbia avuto espressamente il permesso coll'atto costitutivo del suo dritto; l. 61, ff. *de usufructu*.—In una parola, non può aumentare la cosa, nè sminuirla, anche sotto pretesto di miglioramento; l. 7, §. ultimo; l. 8, ff. *de usufructu*.

6.° Deve adempiere alle riparazioni di manutenzione : art. 530.

7.° Sull'obbligo dell'usufruttuario di rimpiazzare gli alberi che vengono a morire, vedi gli art. 515 a 519.

8.° Quanto a'dritti incorporali, l'usufruttuario è obbligato di usare delle servitù attive per prevenire la perdita che potrebbe risultarne dalla prescrizione; perdita di cui sarebbe risponsabile verso il proprietario, l. 15, §. 7, ff. *de usufructu*. Egli deve avvertire il proprietario delle usurpazioni : art. 539 : ed all'uopo la l. 1, § 7, ff. *usuf. quaemad. caveat* decide letteralmente che l'usufruttuario di un fondo, il quale ne à lasciato prescrivere la proprietà da un terzo, deve pagarne il valore al proprietario, perciocchè incumbeva a lui, come custode nato della cosa, a fare tutti gli atti necessarî per interrompere la prescrizione — Non è già che l'usufruttuario possa nel suo solo nome agire per la conservazione della proprietà contro il terzo che usurpa: no, egli non può, nel suo nome solo, agire contro questo terzo, che per la conservazione del suo usufrutto. Ma egli deve per la conservazione della proprietà, agire in nome del proprietario e presentarsi come suo mandatario nato; *procuratorio nomine*, dice la l. 1, § 2, ff. *de operis novi nunciatione*. E non bisogna credere, dice Voet *ad pandectas*, lib. 7, tit. 1, n. 33, che con queste parole *procuratorio nomine*, la legge voglia dire ch'egli abbia bisogno di un mandato speciale del proprietario per agire in nome di costui contro il disturbatore: perciocchè, per ciò solo ch'è usufruttuario, egli è riputato investito dal proprietario della qualità di procuratore *in rem suam* per fare tutto ciò ch'esige la conservazione della cosa sottoposta al suo usufrutto — Deve altresì assicurare la sorte de' crediti prendendo e rinnovando le iscrizioni, (v. la nota dell'art. 512, n. 111, pag. 163) curando la esigibilità de'capitali, prevenendone la caducità per insolvibilità de'debitori, di cui sarebbe risponsabile come la perdita delle servitù, l. 1, §. 7, ff. *usufructuarius quemadmodum caveat*.

9.° L'usufruttuario de'mobili deve conseguirne l'uso cui sono destinati: art. 512 e 514. In quanto all'usufrutto degli animali, vedi gli art. 540 e 541.

10. Allorchè l'usufruttuario manca a' doveri di godere da buon padre di famiglia è risponsabile de'deterioramenti che provengono per dolo, colpa o negligenza sua e di quelli pe'quali deve, giusta l'art. 1338, rispondere. Che anzi pe'deterioramenti può esser pronunziata l'estinzione dell'usufrutto, art. 543.—Se poi le deteriorazioni provengono per l'uso fatto della cosa o per caso fortuito, non è tenuto a veruna indennizzazione; l. 9, §. 3, ff. *ususfructuarius quemad. cav.*: art. 532.

(1) La cauzione che deve fornire l' usufruttuario si rapporta a due obbligazioni: l' una di godere da buon padre di famiglia; l'altra di restituire la cosa alla fine dell'usufrutto, l. 1, §. 5 e 6, ff. *ususfructuarius quemad. caveat*.

Secondo l' opinione la più generalmente ammessa e perfettamente giustificata da Voet *ad pandectas*, lib. 3, tit. 9, n. 9, le leggi romane non permettono al testatore di esen-

V. l'art. 298. e la madre che hanno l'usufrutto legale de' beni de' loro figli, il venditore, il donatore che si ha riservato l'usufrutto, non sono obbligati a dar cauzione (1).

V. l'art. 1833 e seg. 527. Se l'usufruttuario non potrà dare la cauzione, gl'immobili si daranno in affitto, o si porranno sotto sequestro.

I danari compresi nell'usufrutto s'impiegheranno: le derrate saranno vendute; ed il prezzo ricavato sarà parimente impiegato. In questo caso apparterranno all'usufruttuario gl'interessi de' capitali ed i fitti (2).

528. Non prestandosi dall'usufruttuario la cauzione, il proprietario può pretendere che i mobili i quali periscono coll'uso (3), sieno venduti, e ne venga impiegato il prezzo, come quello delle derrate: ed in tal caso l'usufruttuario ne percepisce l'interesse, durante l'usufrutto. Potrà nondimeno domandare, ed i giudici potranno ordinare secondo le circostanze, che gli sia lasciata una parte de' mobili necessarj pel proprio uso, mediante la sola cauzione giuratoria (4), e coll'obbligo di restituirgli in fine dell'usufrutto.

529. Il ritardo nel dar cauzione non priva l'usufruttuario de' frutti su' quali può aver ragione: questi gli son dovuti dal momento in cui è cominciato l'usufrutto (5).

---

tare dalla cauzione l'usufruttuario.—Vedi anche Perezio sul Cod. lib. 3, tit. 33, n. 7.—Gli autori del codice àn considerato che quando colui che à costituito l'usufrutto à dispensato l'usufruttuario dall'obbligo della cauzione, il proprietario avendo acconsentito di stare alla fede dell'usufruttuario, nè lui nè i suoi eredi possono retrocedere dalla sua propria opera. Discorso di Gary in Locré 4, p. 140, n. 20.

Il garante che l'usufruttuario è tenuto di offrire, debbe riunire tutte le condizioni richieste pe' fidejussori legali: art. 1890, 1891 e 1892—La solvibilità di questo garante non debbe sempre stimarsi in ragione del valore totale de' beni compresi nell'usufrutto, ma in ragione soltanto del loro deterioramento possibile; è agevol cosa il comprendere che debbesi fare a tal riguardo una grave distinzione tra gl'immobili e gli effetti mobili—Si osservi d'altronde che può l'usufruttuario liberarsi dall'obbligo di prestar cauzione offrendo un pegno e sufficienti ipoteche; Toullier t. 3, n. 422. e Duranton t. 4, n. 603. È questo il caso di dire; *plus cautionis est in re, quam in persona*—Nondimeno Proudhon n. 847, emette un'opposta opinione, che basa sol perchè la parola *cauzione* non applicasi che ad un terzo, il quale diviene un invigilatore interessato.

(1) Sono dispensati di pieno dritto dall'obbligo di dar cauzione il padre che à l'usufrutto legale de' beni del figlio (l. 8, § 4 Cod. *de bon. quae lib.*), il donatore o il venditore di un fondo che si à riservato l'usufrutto (l. 62 ff. *de aedil. edict.*)—Si scorge facilmente, disse Perreau nel rapporto fatto al tribunato, la ragione di queste eccezioni. La legge non deve fare a' genitori l'ingiuria di presumere che possano deteriorare o trascurar di conservare i beni de' loro figliuoli; essa neppur dee fare un peso del suo beneficio pel donatore: quanto al venditore tutto si stima essere stato regolato coll'atto medesimo della vendita. Locré 4, p. 132, n. 10.

(2) L. 5, §. 1, ff. *ut legatorum seu fideicomm. servan.* Voet *ad pandectas*, lib. 7, tit. 9, n. 3.

(3) Quando i mobili sottoposti all'usufrutto consistono in biglietti e titoli di credito, l'espediente più proprio a conservare i dritti del proprietario, cui l'usufruttuario non possa dar cauzione, è di ottenere divieti contro i debitori di non fare alcun rimborso, senza che il proprietario vi sia chiamato. Rep. v. *usufruit*, §. 2, n. 2—V. la nota all'art. 512, n. 111, p. 163.

(4) Purchè quegli che l'offre sia di onesti costumi. Arg. *Aut. generaliter C.* l. 26. *de Episc. et Cler.* Nov. 112, c. 2.

(5) Toullier t. 3, n. 423 è di opinione che i frutti sono dovuti all'usufruttuario dal momento in cui è cominciato l'usufrutto, ancorchè avesse egli ritardato a domandarne il rilascio nel caso di un usufrutto costituito con testamento. Ciò forma, egli dice, un'eccezione all'art. 968.

L'opinione del Toullier non sembra esatta, ed un facile ragionamento può opporsi alla sua dottrina.

Tre specie di legati riconosce il codice: *universale*, *a titolo universale*, e *particolare*. Il legatario *universale* acquista dritto a' frutti dal dì della morte del testatore, se la doman-

530. L' usufruttuario non è tenuto se non alle riparazioni di manutenzione (1). V. l'art. 535.

Le riparazioni straordinarie sono a carico del proprietario (2), purchè non

---

da è fatta infra l'anno, art. 931. Il legatario *a titolo universale* o a titolo *particolare* acquista un dritto reale sulla cosa legata dal dì della morte del testatore, ma il godimento de'frutti è subordinato alla domanda: art. 965.

Queste generali disposizioni comprendono certamente il legato di usufrutto. Dapoicchè se il legatario di un usufrutto non è dispensato dall'obbligo di dimandare il rilascio della cosa legata, la percezione de'frutti è subordinata alla domanda di rilascio. Quindi se l'art. 510 prescrive che i frutti sono dovuti al legatario dal momento dell'apertura del suo dritto, ciò non à luogo che quando avrà adempito al dovere che l' art. 968 gl' impone di domandare il rilascio del fondo e de'frutti. Che anzi si può aggiungere che il legato non cede che dal dì dell'accettazione (l. 1, § 2, ff. *quando dies usuf.* e 86, § 2 *de legat.*), mentre consistendo nel godimento personale, non lo può trasmettere all'erede, nè questi à alcun dritto su'frutti scaduti prima della domanda del suo autore.

Nè vale il dire che l'art. 529 decidendo che il ritardo a dare cauzione non potrebbe pregiudicare i dritti dell' usufruttuario, contenga un'eccezione all'art. 968: questa obiezione cade se per poco si pone mente all' oggetto per cui è stato scritto l'art. 529. Secondo le leggi romane il ritardo a dare cauzione non faceva correre il godimento de' frutti a vantaggio dell' usufruttuario l. 13 ff. *de usufructu*: vedi Voet *ad pandectas* lib. 7, tit. 9, n. 3. Gli autori del codice ànno voluto allontanarsi dalla regola del dritto romano, per la ragione che il ritardo a dar cauzione non può essenzialmente attaccare il dritto dell'usufruttuario, e per conseguenza non dee privarlo di quello che à su'frutti dovuti. Ecco tutta la conseguenza che può trarsi dall' art. 529. Ed in vero, osserva all'uopo Proudhon t. 1, n. 401, ricusando al legatario i frutti scaduti prima della domanda in possesso, questa privazione non è pel ritardo involontario di fornire una cauzione, ma pel ritardo volontario di formare la sua domanda: ciò che si riporta al sistema generale su questa materia.

(1) L' usufruttuario facendo suoi i frutti del fondo, è giusto che ne faccia le riparazioni l. 7, §. 2. ff. *de usufructu*. Per *riparazione* s'intende ogni opera che si fa su di una cosa deteriorata, a fin di prevenirne la rovina, e di rimetterla nello stato in cui dev' esser per compiere convenevolmente le funzioni cui è destinata: *reficere est, quod corruptum est in pristinum statum, restaurare*, l. 1, §. 6, ff. *de rivis*, lib. 43, tit. 21.

Nell'articolo seguente è stabilita la distinzione tra le riparazioni di *manutenzione* e quelle *straordinarie*.

Durante l' usufrutto il proprietario: 1.° Ha azione per costringere l'usufruttuario a fare le riparazioni di manutenzione, poichè vi à obbligazione attuale da una parte, ed interesse attuale dall'altra, l. 1, §. 3 e 6 ff. *usufructuarius quemadmodum caveat.*; che anzi il proprietario potrebbe far dichiarare decaduto l' usufruttuario dal suo dritto, art. 543. 2.° Il proprietario per evitare la rovina cui per mancanza di manutenzione potrebbe soggiacere il fondo, può egli stesso fare queste spese, ed acquista dritto di ripeterle dall' usufruttuario e suoi eredi, l. 48, ff. *de usufructu*. Proudhon t. 2, n. 1649 a 1651.

L'usufruttuario essendo tenuto alle riparazioni di manutenzione s' intende di quelle che occorrono dopo conseguito il possesso, perciocchè per quelle che occorrevano prima, l'usufruttuario non à alcuna obbligazione. Egli per l' art. 525 prende le cose nello stato in cui si trovano, e non è tenuto a restituire le cose nè peggiori nè migliori. Toullier t. 3, num. 430.

(2) Ma può l'usufruttuario costringere il proprietario a fare le riparazioni straordinarie che occorrono nel cominciare l'usufrutto, e quelle che sopravvengono durante l'usufrutto? No, perchè: 1.° L'art. 525 prescrive di dovere l'usufruttuario prendere le cose *nello stato in cui si trovano*: 2.° L'usufrutto è una servitù personale dovuta dalla cosa e non dalla persona, e per conseguente il proprietario non può esser costretto a fare, l. 15, § 1 ff. *de servit.*; 3.° Se l'art. 532 prescrive che il proprietario non è tenuto a *riedificare* ciò ch'è caduto, ben si comprende ch'essendo padrone della sua proprietà, non può essere obbligato a conservare la cosa: 4.° In una parola il fine dell'art. 530 è quello di fissare l'obbligazione dell'usufruttuario relativamente alle riparazioni, e la limita a quelle di *manutenzione*: se in seguito aggiunge che le *straordinarie* sono a carico dell' proprietario, s' intende se crede a proposito di farle. Questa dottrina insegnata da Domat lib. 1, tit. XI, sez. 5, n. 6, da Pothier *traité du douaire*, n. 239, è stata dottamente sviluppata da Toullier t. 3, n. 443 e 444, seguito da Proudhon t. 2, n. 1652, 1658, 1675 a 1683, e da Duranton t. 4, n. 615 e seg.—Di contraria opinione sono Lepage *lois des batimens*, t. 2, pag. 207, e Delvincourt su q. titolo, nota 53.

Ma dalla regola che il proprietario non può essere costretto a fare le riparazioni straor-

sieno state cagionate per mancanza delle riparazioni di manutenzione dopo che ha avuto luogo l' usufrutto : nel qual caso vi è tenuto l' usufruttuario.

531. Sono riparazioni straordinarie quelle delle muraglie maestre e delle volte ; il rinnovamento delle travi e delle coperture intere ; quello degli argini , e delle mura di sostegno e di cinta , egualmente per intero o per la maggior parte (1).

Tutte le altre riparazioni sono di manutenzione.

532. Nè il proprietario nè l' usufruttuario sono tenuti a riedificare ciò che è caduto per vetustà , o distrutto per caso fortuito (2).

533. Durante l' usufrutto , l' usufruttuario è tenuto a tutti i carichi annuali del fondo , come sono le contribuzioni ed altri pesi che , secondo la consuetudine , cadono su i frutti (3).

---

dinarie conviene eccettuare il caso in cui risulterebbe evidentemente da' termini del titolo costitutivo dell'usufrutto, che il costituente si sarebbe personalmente obbligato o avrebbe inteso obbligare personalmente il suo erede a fare le riparazioni: *si testator jusserit ut HAERES REFICERET INSULAM, cujus usumfructum legavit, potest fructuarius ex testamento agere, ut haeres reficiat*, l. 46, §. 1, ff. *de usufructu*; ma in questo caso, come osserva Pothier se questo testo, non è nella qualità di usufruttuario che il legatario dell'usufrutto può agire contro il proprietario per costringerlo a riparare il fondo; l'è solamente in virtù della seconda disposizione colla quale il testatore gli à specialmente legato un'azione a quest'oggetto; *ad hoc non consequitur legatarius ex natura ususfructus qui ipse legatus est, sed ex altero legato quo haeres damnatu est hoc facere*—Ben vero l' usufruttuario potrebbe liberarsi da questa obbligazione con l'abbandono della nuda proprietà; argomento dell'art. 620. Duranton t. 4, n. 617.

Mancando il proprietario di fare le grosse riparazioni, l'usufruttuario è nel dritto di farle, perchè può rendere migliore la condizione del proprietario; l. 7, § 3 ff. *de usufructu*. Ma avrebbe dritto di ripetere le spese fatte, anche malgrado il consenso del proprietario l. 7 cod. eod. Inutilmente si opporrebbe la massima *invito beneficium non datur*, poichè l' usufruttuario è interessato al godimento della cosa e che non vada in rovina. L' usufruttuario adunque à l'azione per ripetere alla fine dell'usufrutto le spese necessarie di riparazioni straordinarie. Toullier t. 3, n. 444. Proudhon t. 2, n. 1634 e seg.

(1) *O per la maggior parte*. Queste parole aggiunte nel nostro articolo mostrano che sono annoverate tra le riparazioni straordinarie il rinnovamento della *maggior parte* degli argini o delle mura di sostegno e di cinta.

(2) *Si qua tamen vetustate corruissent, neutrum cogi reficere*, dice la l. 7, §. 2, ff. *de usufructu*.

(3) Per bene comprendere la disposizione di questo art. conviene preliminarmente osservare che vi sono tre specie di carichi, che in fatto di usufrutto, sono sommessi a delle regole differenti: la prima (di cui è in questo art. discorso) gravita sul godimento, come peso de' frutti: la seconda ch'è imposta sulla proprietà, viene regolata dall' art. 534; la terza comprende i debiti della successione, ed è regolata dall' art. 537.

Esaminiam'ora le diverse espressioni dell'art. per comprenderne lo spirito. *Durante l'usufrutto*. L' obbligazione dell' usufruttuario di pagare i carichi annuali che cadono su'frutti partecipa della natura di quelle che i romani dicevano *in rem scriptae*, perciocchè l' obbligazione è dipendente dal godimento della cosa. In conseguenza non può essere personalmente tenuto degli arretrati dovuti prima della immissione in possesso, nè de' carichi che verrebbero a scadere dopo la fine dell'usufrutto: questi arretrati sarebbero un peso della successione da gravitare sulla massa generale de'beni, a'termini dell'art. 537. Proudhon t. 2, n. 1784 e 1798.

L' usufruttuario è tenuto; v'à dunque obbligazione nella sua persona, ed il creditore del carico che cade su'frutti del fondo à un'azione personale contro l'usufruttuario, il quale è tenuto al pagamento non solo su'frutti del fondo, ma anche su' beni personali. Proudhon t. 2, n. 1783.

Tutti i carichi annuali del fondo. La legge non distingue i carichi ordinari dagli straordinari, i perpetui ed i temporanei: basta che i carichi sono considerati come per legge o per uso, un peso de'frutti, sono dovuti dall'usufruttuario; l. 28, ff. *de usu et usuf. legato*.

Come sono le contribuzioni. Appartenendo all' usufruttuario il godimento del fondo , è giusto ch'egli paghi la contribuzione diretta imposta dallo Stato come un peso da prendersi sulle rendite de' cittadini. L' usufruttuario adunque dev' essere portato ne' ruoli delle contribuzioni , e contro di lui debbonsi rendere esecutorii.

534. L' usufruttuario ed il proprietario concorrono nel modo seguente al pagamento de' carichi che possono essere imposti sulla proprietà, durante l'usufrutto.

Il proprietario è tenuto a pagarli; e l' usufruttuario gli dee corrispondere l' interesse della somma pagata.

Se l' usufruttuario ne anticipi il pagamento, ha il diritto alla ripetizione del capitale alla fine dell' usufrutto (1).

Ed altri pesi che secondo la consuetudine cadono su' frutti. Oltre la contribuzione diretta, l'usufruttuario è tenuto delle altre imposizioni e pesi pubblici, anche se sopraggiungessero dopo l'acquisto dell'usufrutto, come pure a' censi, allo rendite de' terreni ed altri canoni. Deve quindi pagare le sopraimposte alla contribuzione fondiaria, *tributum*, i grani addizionali per far fronte alle spese comunali, *stipendium* (l. 7, §. 2, *de usuf.*), le spese per manutenzione delle strade pubbliche, canali, non escluse le richieste in derrate per le fornisure, gli alloggi e passaggio alle truppe, l. 27, §. 3. ff. *de usufructu*. Domat lib. 1, tit. XI. sez. 4, n. 7. Voet *ad pandectas* lib. 7, tit. 1, n. 37. Pothier *traité du douaire*, n. 230. Proudhon t. 2, n. 1787 a 1795.

Sono notevoli da ultimo due osservarzioni: 1.° Che l'art. contiene una disposizione di dritto privato, alla quale il testatore può derogare imponendo all'erede l' obbligo di soddisfare a' pesi di cui si tratta, l. 52, ff. *de usufructu*: 2.° Che i carichi essendo annessi al godimento, vi è tenuto anche l'usufruttuario a titolo particolare senza alcun regresso (*).

(1) Si è osservato nell'art. precedente che i carichi che cadono su'frutti sono a peso dell'usufruttuario. L'art. in esame stabilisce che l'usufruttuario e'l proprietario debbono contribuire a' carichi imposti sulla proprietà, per la ragione che la prestazione non è volontaria, ma imposta su di una cosa nella quale sono associati, l'uno pel godimento e l'altro per la nuda proprietà.

Non bisogna intendere per *carichi imposti sulla proprietà*, le grosse riparazioni che ai termini dell'art. 530 vanno a carico del proprietario e che deve fare, se'l vuole (vedi la nota 2, pag. 173) il solo proprietario; ma quelli che riguardano la conservazione del dritto di proprietà, e le imposte che dalla pubblica autorità possono essere ordinate pe' bisogni straordinari dello stato. Proudhon t. 2, n. 1859, 1865 a 1887.

L' usufruttuario contribuisce a questi carichi imposti *durante l'usufrutto*; bisogna dunque che sieno imposti e divenuti esigibili dopo l'apertura del dritto di usufrutto, perchè, se prima della costituzione dell' usufrutto, il carico era di già scaduto in vita del testatore, non sarebbe più che un debito personale formante parte di quelli che pesano generalmente sulla massa della successione, giusta l'art. 537. Proudhon t. 2, n. 1858.

L'art. à determinato il modo della contribuzione. *Il proprietario è tenuto a pagare* i carichi, e l'usufruttuario gli deve corrispondere gl' interessi. Il proprietario è dunque il debitore diretto, ed egli perciò non può forzare l' usufruttuario a soffrire la vendita di una parte del fondo, perchè la scelta che gli accorda l'art. 537 pel pagamento de' debiti, non gli è conceduta dall' art. in esame riguardo a' *carichi*. Proudhon t. 2, n. 1763 e 1911.

Se l' usufruttuario ne anticipi il pagamento, à il dritto alla restituzione del capitale alla fine dell' usufrutto; l'usufruttuario adunque può anticipare il pagamento, laddove lo giudichi a proposito.

Quistione. Se un fondo di cui è legato l'usufrutto si trovi chiuso tra altri fondi che non appartengono al testatore, e che è necessario di acquistare un dritto di passaggio per giugnervi, questo peso dovrà sopportarsi nel modo indicato dall'art. 534? Bisogna distinguere, se l' erede è, o pur no debitore personale dell' usufrutto; o in altri termini, bisogna distinguere il caso in cui il testatore abbia legato del fondo la proprietà ad uno e l'usufrutto ad un altro, dal caso in cui il testatore abbia legato il solo usufrutto, lasciandone la proprietà nel patrimonio dell' erede. Nel primo caso l' acquisto della servitù di passaggio è un carico che gravita sulla proprietà, perciocchè l'erede essendo obbligato di rilasciare il fondo in pieno dominio, l'è come se fosse stato legato tutto intero ad una sola persona cui dev'esser rilasciato col carico reale che risulta dalla sua chiusura, e nello stato in cui si trova nel giorno della morte del testatore, art. 972; ed in conseguenza deve restare a carico del legatario della proprietà e dell' usufrutto. Nel secondo caso l' usufruttuario non deve contribuire per l'acquisto della servitù, per la ragione che l'usufrutto è una servitù, ed è un principio che chi deve una servitù deve per conseguenza tutto ciò ch'è necessario

---

(*) Si quistiona se l'usufruttuario a titolo particolare è tenuto alla prestazione della rendita fondiaria. La ragione del dubbio deriva da che l'art. 430 dichiarando mobili simili prestazioni, non formano più un peso del fondo, ma costituiscono un credito da addebitarsi alla successione. La erroneità di questa proposizione è stata dimostrata da Proudhon t. 2, n. 1834 a 1843.

V. gli art. 1840 e seg.; 935 e 966. 535. Il legato di una rendita vitalizia, o di una pensione per alimenti, dal legatario universale dell' usufrutto dee prestarsi per intero, e dal legatario a titolo universale dell' usufrutto dee prestarsi in proporzione del suo godimento, senza che abbiano verun diritto di ripetizione (1).

536. L' usufruttuario a titolo particolare non è tenuto al pagamento de' debiti pe'quali il fondo è ipotecato. Se viene forzato a pagarli, ha il regresso contro il proprietario; salvo ciò che è disposto nell' articolo 974 sotto il titolo *delle donazioni tra vivi e de' testamenti*. V. gli art. 792 e 979.

537. L' usufruttuario o universale, o a titolo universale, dee contribuire col proprietario al pagamento de' debiti (2) nel modo che segue.

---

per usarne, art. 617: il dritto di passaggio quindi essendo necessario al fondo che appartiene all'eredità, l' obbligazione di pagare l' indennità è un' obbligazione accessoria che è contenuta in quella di rilasciare il legato di usufrutto. È questa la decisione della l. 1, § 2. *si usufructus petatur*. Proudhon t. 1, n. 553, t. 2, n. 1886 e 1887.

(1) Sono notevoli su questo articolo le seguenti osservazioni.

1.° Che la rendita vitalizia o la pensione alimentaria deve prestarsi dal dì in cui il legatario è entrato in possesso, perciocchè essendo un peso del godimento, non può sussistere l' effetto senza la causa;

2.° Che l' usufruttuario universale deve prestarla *per intero*, perchè gode tutto l' usufrutto, art. 935:

3.° Che il legatario a titolo universale deve prestarla *in proporzione del suo godimento*, art. 966, ed in conseguenza colui cui è stato legato il godimento della metà, del terzo o del quarto de'beni, deve la metà, il terzo o il quarto della rendita vitalizia—Qui è da notarsi che se vi sono più legatari a titolo universale e su beni di diversa specie; se per esempio si è legato ad uno il godimento de' mobili e ad un altro quello degl' immobili o di una quota parte degl' immobili, è necessario di fare una estimazione di tutt' i beni della successione per conoscere il valore comparativo con quello de' mobili. Così, p. e. se i fondi sieno estimati per 10000 ducati, ed i mobili della successione per 5000, si dovrà dividere il peso della rendita vitalizia in tre parti: l' una sarà sopportata dal legatario dell' usufrutto dei mobili, e le altre due dal legatario dell' usufrutto degl' immobili. Proudhon t. 2, n. 1816.

4.° Che il pagamento della rendita vitalizia o' della pensione non dà all' usufruttuario dritto di *ripetizione* contro il proprietario alla fine dell' usufrutto, per la ragione che la rendita vitalizia e la pensione sono un peso del godimento.

5.° Che il legatario a titolo particolare non è tenuto a questo peso, perchè l' art. non gl' impone quest' obbligo: *qui dicit de uno, negat de altero*. D' altronde è nella natura del legato particolare di non contribuire a' pesi della successione, art. 792. Ben vero se il testatore avesse legato a titolo particolare l' usufrutto di un fondo, col peso al legatario di pagare dalle rendite annuali una somma vitalizia ad un terzo, è evidente che la pensione si deve pagare dal solo usufruttuario a titolo particolare, il quale non può invocare la disposizione di questo articolo, che riceve la sua applicazione quando il legato a titolo particolare non è sottomesso ad alcuna gravezza. Quando il testatore à disposto, *disponat ita unusquisque super suis; ut dignum est*; *et sit lex ejus voluntas*; nov. 22, cap. 2.

(2) L' usufruttuario sia universale sia a titolo universale deve contribuire al pagamento debiti, per la ragione che se *bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno* (l. 39, § 1, ff. *de verborum significatione*), l' usufruttuario non contribuendo al pagamento dei debiti verrebbe a profittare di un valore maggiore di quello de' beni lasciati dal defunto.

Ma l' usufruttuario non è tenuto personalmente a' debiti del defunto: i creditori quindi debbono diriggere le loro azioni contro il proprietario, e non possono rivolgersi su' beni gravati di usufrutto se non quando, dietro la condanna del proprietario, nè questi nè l' usufruttuario adempiono al pagamento. *Usufructuarius bonorum omnium aes alienum solvere non cogitur, cum personalibus actionibus non teneatur*, dice il presidente Fabro lib. 3, tit. 23, defin. 1. Egli cita molte leggi, fra le quali la l. 1, § si heres, ff. *ad S. C. Trebel.*, e la l. ult. § 1, ff. *de contr. empt.* Vedi Voet *ad pandectas*, lib. 7, tit. 1, n. 40.

Quantunque l' art. parlasse letteralmente *de' debiti* dell' eredità, la regola in esso stabilita dev' essere applicata a tutt' i pesi della successione. Così l' usufruttuario a titolo uniforme deve contribuire al pagamento del legato particolare che forma un peso dell' eredità, art. 935 e 966. Del pari le spese de' sugelli e dell' inventario (art. 729), quelle della domanda del rilascio de' beni, art. 970, sono a carico dell' eredità. Proudhon t. 2, n. 1898 e 1899. Lo stesso dicasi dell' abitazione dovuta alla vedova, art. 1383, e delle spese funerarie che formano un debito dell' eredità.

Si stima il valore del fondo soggetto all' usufrutto , e si fissa in seguito il contributo al pagamento de' debiti in ragione di questo valore (1).

Se l' usufruttuario vuole anticipare la somma per cui il fondo dee contribuire , gli viene restituito il capitale al termine dell' usufrutto , senza alcuno interesse (2).

Se l'usufruttuario non vuole fare questa anticipazione, il proprietario può scegliere , o di pagare tal somma , ed in questo caso l' usufruttuario gliene corrisponde l' interesse , durante il tempo dell' usufrutto ; o di far vendere una porzione de' beni soggetti all'usufrutto sino alla concorrente somma dovuta (3).

538. L'usufruttuario è tenuto per le spese delle liti concernenti l'usufrutto , e per le condanne alle quali le stesse liti potrebbero dar luogo. Se la lite riguarda tanto la proprietà, che l' usufrutto , saranno tenuti il proprietario e l' usufruttuario per contributo (4).

---

(1) La l. 68 ff. *ad leg. falcidiam* contiene alcune regole sulla valutazione dell'usufrutto, prendendo in considerazione il numero degli anni dell'usufruttuario. Il codice à fatto cessare tutte le incertezze, ed à adottato un modo giusto e semplice per fare contribuire l'usufruttuario a titolo universale al pagamento de'debiti. Si stima il valore del *fondo* soggetto all'usufrutto, e non il valore dell'*usufrutto*, perchè l' usufrutto il cui valore è aleatorio (Proudhon t. 2, n. 1893) non può essere nè la metà, nè il terzo del fondo. Si fissa in seguito il contributo al pagamento de'debiti in ragione di questo valore. Se, per esempio, il valore del fondo soggetto all'usufrutto è valutato per seimila ducati, ed il dippiù dei beni anche per seimila ducati, il contributo dell'usufruttuario è della metà de'debiti. Toullier t. 3, n. 432. Proudhon t. 2, n. 1893. Se egli vuole o pur no anticipare la somma necessaria per estinguere questa metà de'debiti per la quale deve nel proposto caso contribuire, si seguiranno le prescrizioni de'due ultimi commi dell'articolo.

L'estimazione del fondo si esige dall'art. onde fissare la quota per la quale deve contribuire l'usufruttuario. Se quindi questa quota può essere determinata senza alcuna estimazione de'beni, non è necessaria l'estimazione. Così esistendo un legatario universale, o pure legatario a titolo universale per la metà, pel terzo de'beni, ognuno deve contribuire a ragione del suo emolumento. L'estimazione si rende necessaria quando i legati a titolo universale comprendono una quota determinata d'immobili, e di mobili, così che per conoscere il quantitativo di ognuno, non si può fare a meno di una valutazione. Proudhon t. 2, n. 1894 e 1895.

Se nella successione vi è contante, può l'usufruttuario esigere che sia destinato ad estinguere i debiti. Egli in questo caso contribuisce col fatto, perchè se del contante avesse avuto l'usufrutto, ne perde il godimento, non essendo obbligato di restituire alla fine dell'usufrutto, laddove non vi fossero debiti, che il solo capitale, art. 512. Se l'usufrutto non comprende il contante, il proprietario estinguendo con questa somma i debiti, evita di restituire il capitale che potrebbe anticipare l'usufruttuario. Che d'altronde per l'ultimo comma dell'art. avendo il proprietario azione di far vendere parte del fondo quando l'usufruttuario non vuole anticipare il capitale necessario per estinguere i debiti, evidentemente non deve ciò aver luogo quando nella successione si trovino contante, o cose fungibili che potrebbero vendersi. E questa l' opinione di Proudhon t. 2, n. 1902.

(2) L'usufruttuario che à anticipato la somma per cui deve contribuire, è di pieno dritto surrogato nelle azioni, privilegi ed ipoteche de'creditori che à rimborsato, per farle valere allorchè à dritto alla ripetizione, finito l' usufrutto: art. 974, 1204. Proudhon t. 2, n. 1907.

(3) Si noti che pe'debiti la legge accorda al proprietario la scelta di pagare, o di far vendere parte del fondo. Questa scelta non è accordata pe'carichi della proprietà, cui è tenuto il proprietario. Vedi la nota 1, pag. 175.

La scelta della cosa che dev' essere venduta a preferenza delle altre appartiene al proprietario. I reclami dell'usufruttuario dovrebbero essere ascoltati, laddove si ostinasse il proprietario a fare vendere senza ragionevole motivo una cosa che reca maggior vantaggio all'usufruttuario. *Malitiis non est indulgendum.* Proudhon t. 2, n. 1915.

(4) L'art. 613 del codice francese considerava il solo caso in cui la lite avea per oggetto l'usufrutto; ed i dottori per argomento ne conchiudevano, che se la lite risguardava la nuda proprietà, era tenuto alle spese il solo proprietario; e che se finalmente avea per ogget-

539. Se, durante l' usufrutto, un terzo commettesse qualche usurpazione sul fondo, o altrimenti attentasse alle ragioni del proprietario, l'usufruttuario è tenuto ad avvertirnelo: e mancando a ciò, egli è risponsabile di tutti i danni che ne potrebbero risultare al proprietario, come lo sarebbe pe' deteriormenti del fondo da lui medesimo cagionati (1).

540. Se l'usufrutto non è costituito se non sopra un animale (2) il quale venga a perire senza colpa dell'usufruttuario, non è questi tenuto a restituirne un altro, nè a pagarne la stima.

541. Se il gregge (3) su cui si è stabilito l' usufrutto, perisce interamente per caso o per malattia, e senza colpa dell' usufruttuario, questi non è obbligato se non a render conto al proprietario delle pelli o del loro valore.

Se il gregge non perisce interamente, l'usufruttuario è tenuto a surrogare i capi degli animali che sono periti (4), con quelli che nascono, sino alla quantità concorrente (5).

---

to la proprietà e l'usufrutto, il proprietario e l'usufruttuario eran tenuti per contributo. Con la seconda parte adunque del nostro art. si è voluto elevare a disposizione legislativa quanto da' dotti erasi all'uopo esposto.

Ma in quale proporzione il proprietario e l' usufruttuario debbono contribuire? Sarebbe stato desiderabile che la seconda parte dell'art. l'avesse determinato; ma nel silenzio bisogna dire co' giureconsulti francesi, che la regola equa stabilita dall'art. 537 debbe servire di guida. Toullier t. 3, n. 434. Proudhon t. 2, n. 1762.

È da notarsi che la disposizione dell' art. debbe aver luogo nel caso in cui l'usufrutto è costituito a titolo gratuito. Se fosse stabilito a titolo oneroso dovrebbe l' usufruttuario denunziare la lite al venditore, e questi solo sostenere il peso della lite perchè egli è obbligato a garantire il compratore: art. 1472, 1486. Toullier t. 3, n. 434. Proudhon t. 2, n. 1748.

(1) Vedi la nota 5 pag. 170.

(2) La parola *animale* è qui adoperata in opposizione a quella di *gregge*, di cui è quistione nell'art. seguente. Se dunque l' usufrutto è stato legato su più animali considerati *ut singuli*, o in altri termini, su più animali specialmente determinati, ciò sarebbe come il legato di un animale, e la perdita avvenuta per ciascuno di essi, per caso fortuito, sarebbe per conto del proprietario, come se ognuno di essi fosse stato l'oggetto di una disposizione speciale; l. 2, ff. *de legat*, 2; l. 70, § 3, ff. *de usufructu*—L'usufruttuario però deve farne costare la morte, e render conto della pelle o del valore di essa. Toullier t. 3, n. 436. Questo dovere non è indicato nell'articolo, ma entra nelle regole comuni: l'usufruttuario delle cose mobili deve restituire gli avanzi, e nella specie sono nella pelle, art. 514.

(3) S'intende per la parola *gregge* l' unione di animali destinati a riprodursi ed a perpetuarsi da loro stessi: è un corpo composto d'individui che ne fan parte, come nel senso fisico un edificio è un corpo composto di materiali riuniti insieme per la sua costruzione: *est autem gregis unum corpus ex distantibus capitibus: sicuti aedium unum corpus est, ex cohaerentibus lapidibus;* Inst. § 18, *de legatis*. V. la nota 1, pag. 182.

(4) O renduti inutili: *debebit in locum capitum defunctorum vel INUTILIUM alia submittere*, dicono le ll. 68 § 2, e 69 ff. *de usuf.* Questa decisione è consona allo spirito del codice, percioecchè i capi renduti inutili non essendo più valevoli alla propagazione sono realmente periti pel servizio principale cui erano destinati. Proudhon t. 2, n. 1094.

(5) Dovendo l' usufruttuario rimpiazzare le teste che mancano cogli allievi che si ànno dallo stesso gregge, egli non potrà profittare di detti allievi che quando il gregge è al completo, l. 70 princ. ff. *de usufructu*. Del pari se non si ànno dal gregge allievi, l' usufruttuario non è obbligato al rimpiazzo, perocchè, checchè ne dica Accursio sul §. 38 Inst. *de rerum divisione*, tutte le leggi che parlano di questo rimpiazzo, dichiarano, in termini formali, ch'esso debba esser fatto dall'accrescimento, *ex agnatis*. Vinnio sul § 38 *de rer. divis.* Repert. v. *usufruit* § 2, n. 6. Toullier t. 3, n. 436.

Se non vi à nell'accrescimento provveniente dal gregge, degli allievi dello stesso sesso di quelli che conviene rimpiazzare per operare la riproduzione, l'usufruttuario sarebbe tenuto di comprarne un altro col prezzo che avrà ritirato dagli animali nati dal gregge: perchè le espressioni dell'art. *surrogare con quelli che nascono sino alla concorrente quantità*, non significano solamente surrogare con gli animali medesimi dell'accrescimento, ma fino alla concorrenza del valore di questo. Proudhon t. 2, n. 1093.

SEZIONE III.

De' modi con cui finisce l'usufrutto (1).

542. L'usufrutto si estingue
colla morte dell'usufruttuario (2);

Avverte il giureconsulto Ulpiano nella l. 70, § 4, ff. *de usuf.* che l'obbligo dell'usufruttuario di surrogare i capi degli animali periti con quelli che nascono, si estende anche sugli animali nati prima che il gregge avesse sofferto questa perdita; o come si esprime Pothier su questa legge, *ut vel ex primis quae ipsius facta sunt, vel ex his quae postea nascuntur, submittere debet.* Proudhon t. 2, n. 1095 segue questa dottrina, contraddetta da Duranton t. 4, n. 780, il quale sostiene che l'usufruttuario si à irrevocabilmente appropriato i prodotti da lui percepiti quando era il gregge nella sua integrità, e perciò non è tenuto alla surrogazione degli animali che fino alla concorrenza di quelli che nascono posteriormente alla perdita.

(1) Qui sono indicati i diversi modi di estinzione dell'usufrutto per la sua natura particolare. Conviene intanto discorrere della estinzione dell'usufrutto secondo le regole comuni sulla risoluzione del dritto di proprietà.

Primo — *L'usufrutto si estingue a profitto del proprietario del fondo per rivocazione diretta della sua costituzione.* Questa regola trova la sua applicazione ne'diversi casi particolari, tanto se l'usufrutto è costituito con atto di ultima volontà, che con atto tra vivi. Così se l'erede à messo in possesso il legatario dell'usufrutto, nell'ignoranza in cui era di essere stato rivocato il legato, à dritto alla restituzione del legato, l. 12, ff. *de condict. indebit* — Se l'usufrutto è costituito con donazione tra vivi o con contratto commutativo, l'usufrutto è rivocato laddove l'usufruttuario non adempie alle condizioni con le quali era stato conceduto, art. 878 e 1136. La donazione dell'usufrutto è rivocata *ipso jure* per sopravvegnenza di figli, art. 885 e 888: è rivocata altresì per causa d'ingratitudine del donatario dietro domanda del donante, art. 878, 881, 883. Allorchè si tratta di disposizione a causa di morte, il legato d'usufrutto è rivocabile per i motivi indicati nell'art. 1001.

Secondo — *L'usufrutto si estingue nell'interesse de' creditori in frode de'quali è stato costituito.* La legge vieta di fare un atto di alienazione in pregiudizio de'creditori: la vendita o la donazione dell'usufrutto opera lo smembramento della proprietà, e perciò *etiam usufructus donationem.... penitus prohiberi*, l. 7, cod. *de rebus alienis non allenand.* Questo principio di dritto antico è ritenuto dall'art. 1119 che vieta al debitore di spogliarsi in pregiudizio de'suoi creditori, i quali per l'art. 1120 possono impugnare gli atti fatti dal debitore in pregiudizio de'loro dritti.

Terzo — *De' casi di estinzione dell'usufrutto per la risoluzione de' dritti del costituente.* È una massima bastantemente conosciuta, che non si può concedere ad un altro, su di una cosa, un dritto che non si à, o maggiore di quello che ci appartiene. La regola che *nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet*, l. 54, ff. *de reg. jur.*, la massima che *resoluto jure dantis resolvitur et jus accipientis* sono consacrate dal codice negli art. 2011, 2074, n. 4, e 2076, e ricevono applicazione in diversi casi particolari.

Da ciò nasce: 1.° Che l'usufrutto costituito dal padrone della nuda proprietà non produce effetto nell'interesse dell'usufruttuario, art. 914, 1444, 2023; 2.° La donazione o la vendita del dritto di usufrutto fatta dal proprietario sotto condizione sospensiva non verificata, risolve il dritto dell'usufruttuario, art. 1134; 3.° L'usufrutto costituito da chi à acquistato la proprietà a titolo di donazione, si risolve, laddove si rivoca la donazione per effetto del dritto di riversione (art. 877), per l'inadempimento delle condizioni (art. 879), per ingratitudine, se in questo caso l'usufrutto sia costituito dopo notata la domanda di rivoca nel margine della trascrizione della donazione (art. 883), per sopravvegnenza di figli (art. 888), per l'azione di reduzione domandata da'legittimari (art. 846 e 847.)

Ma la vendita o la donazione che il proprietario facesse della cosa soggetta ad usufrutto non pregiudica i dritti dell'usufruttuario: art. 546. Vedi la nota 2, pag. 183.

(2) I. L'usufrutto essendo un dritto inerente alla persona dell'usufruttuario, è una massima molto triviale che si estingue con la costui morte: v. la nota 2, pag. 95. Ma potrebbe stabilirsi con testamento, che l'usufrutto passerebbe agli eredi dell'usufruttuario? Affermativamente risponde la legge 5 ff. *quibus modis usufr. amit.*, e sopraggiunge la l. 14, C. *de usufructu*, che la chiamata degli eredi dell'usufruttuario non cade che sugli eredi immediati, e la loro morte estingue l'usufrutto per sempre. E questa un'eccezione alla regola (l. ult. C. *de her. instit.*, l. 22. C. *de legat.*, l. 65, 170 ff. *de V. S.*, l. 194, ff.

collo spirare del tempo per cui fu costituito (1);

colla consolidazione, o sia riunione nella stessa persona, delle due qualità di usufruttuario e di proprietario (2);

---

de reg. jur.) che sotto il nome di *erede*, devesi comprendere non solamente l'erede, ma gli eredi dell'erede all'infinito. Questa decisione è consona a'principi del codice: Repert. v. *usufruit*, § 5, art. 1, n. 1. Toullier t. 3, n 447. Qui però è da osservarsi che l'usufrutto essendo essenzialmente intrasmessibile, l'erede dell'usufruttuario l'acquista non per via di trasmissione, ma lo ripete direttamente dal testatore, *non trasmissus sed repetitus*; e come dice il Perezio (Cod. tit. *de usuf. et habit*, n. 20) sono due usufrutti. Quindi, osserva giudiziosamente il Voet (*ad pandectas*, lib. 7, tit. 4, n. 1.), il secondo usufruttuario deve dare una nuova cauzione di usufruire da buon padre di famiglia. Questo secondo usufruttuario adunque ripetendo il suo dritto dal testatore, bisogna che sia conceputo al tempo della costui morte, art. 822; così che se il primo usufruttuario lascia più figli de'quali alcuni erano conceputi prima ed altri dopo la morte del testatore, i primi soltanto potrebbero raccogliere il legato di usufrutto. Proudhon t. 1, n. 310 a 325. Vedi la nota 1, pag. 158 e 159, n. IV.

II. Se l'usufrutto è stato legato a più persone congiuntamente, ed uno de'legatari muore prima del testatore, la sua quota va a beneficio de'collegatari per dritto di accrescere, art. 999.— Per dritto romano, l. 1 §. 3, ff. *de usuf. accresc.*, l'accrescimento avea pure luogo con la morte di uno de'collegatari, seguita dopo la morte del testatore. Era questa una derogazione al principio generale, che l'accrescimento non può operarsi, appena i collegatari abbian raccolte le porzioni spettanti a ciascuno di essi sulla cosa ch'è stata legata loro congiuntamente. Ma questa derogazione non essendo stata ammessa dal codice, dev'essere attualmente rigettata, fuorchè quando il testatore abbia manifestata espressamente la sua volontà su tale riguardo: l'accrescimento diverrebbe allora un legato condizionale fatto al sopravvivente tra collegatari, sotto la condizione della morte di uno di essi. Merlin rep., v. *usufruit* §. 5, art. 1, n. 5. Proudhon t. 1, n. 675. Toullier t. 3, n. 448, e t. 5, n. 699. Grenier *donations*, t. 1, p. 611. Duranton t. 4, n. 656.

III. Per l'art. 617 del codice francese, l'usufrutto si estingue colla morte *naturale o civile*. Le parole segnate sono state avvedutamente soppresse nel nostro art., perciocchè la morte civile non è riconosciuta nel nostro codice. La legge quindi intende parlare della sola morte naturale, e noi abbiamo altrove dimostrato che la condanna alla pena dell'ergastolo non produce la estinzione dell'usufrutto. Vedi la nota sotto la pag. 13, § 2, n. 4.

(1) I. Allorchè l'usufrutto è stato dato o stipulato per un certo tempo, finisce di pieno dritto alla scadenza; ed i frutti che l'usufruttuario percepisce dopo questo termine debbono essere restituiti al proprietario, non essendo permesso d'ignorare il termine apposto al proprio titolo: Inst. §. 4 *de usufructu*; l. 5, C. *de usuf.*; art. 510.

È evidente che se l'usufruttuario muore prima del termine fissato, l'usufrutto si estingue: l. 12, Cod. *de usuf.*

II. L'usufrutto si estingue altresì col verificarsi la condizione risolutoria alla quale è subordinato: nella nota 1; pag. 179, siamo entrati ne' dettagli delle diverse condizioni risolutorie: qui solo aggiungiamo che, a differenza del termine, l'avveramento della condizione non estingue di pieno dritto l'usufrutto, art. 1136, tranne i casi specialmente determinati dalla legge: tale sarebbe quello della risoluzione dell'usufrutto per sopravvegnenza di un figlio al costituente: art. 888.

Se l'usufrutto, secondo il dritto romano, è lasciato sotto questa condizione, *finchè mio figlio sarà in demenza*, o sotto qualunque altra condizione simile, finisce col ritorno del figlio nel suo buon senso o coll'avveramento della condizione. Ma se il figlio muoja in demenza o prima dell'avveramento della condizione, l'usufrutto non si estingue colla sua morte: esso dura fino a quella dell'usufruttuario, o fino a che la condizione abbia avuto il suo effetto; l. 32, §. 6 ff. *de usuf. legato*: l. 12, §. 1 C. *de usuf.*

Toullier t. 3, n. 454 sostiene che questa decisione sembra contraria a'principi del codice, che à per adempiuta la condizione, *quando è certo che l'avvenimento non sarà per succedere*, art. 1130—Ma osserva in contrario Proudhon t. 2, n. 2059, che la decisione della legge romana debbe seguirsi, perchè per la morte del figlio nello stato di demenza, lungi che la condizione risolutoria apposta alla condizione di usufrutto sia adempita, è al contrario certo che non si adempie giammai, e quindi il dritto dell'usufruttuario non è risoluto. L'art. 1130 non è relativo che alle condizioni negative, mentre qui si tratta di una condizione positiva, che consiste nel ritorno della sanità—I due giureconsulti convengono che se il figlio dopo ricuperata la ragione la perdesse nuovamente, l'usufrutto non riviverebbe.

(2) I. La ragione si è che non si può dar servitù su'propri fondi: *Nulli enim res sua servit jure servirtutis*, l, 26, ff. de servit. praed. *urb.*

col non usarne pel corso di anni trenta (1);

Molti degli antichi dottori distinsero l'usufrutto in *formale* e *causale*. Fu detto *causale* nel senso che il proprietario raccoglieva i frutti e godeva della sua cosa per motivo di essere proprietario, ancorchè temporaneo: l'usufrutto formale era solo la servitù personale, che consisteva nel dritto di godere dell'altrui cosa coll'obbligo di conservarne la sostanza. Onde la riunione dell'usufrutto colla proprietà nella medesima persona, era secondo essi compatibile nell'usufrutto *casuale*, mentre estingueva l'usufrutto *formale*, non potendo sulla propria cosa esercitarsi un dritto di servitù. Questa distinzione però non è stata che dottrinale e da molti dotti interpetri del dritto romano (*Huber praelet* ad tit. inst. *de usufructu*, n. 3) altamente biasimata; ma il Voet *ad pandectas*, lib. 7, tit. 1, n. 3 e 4 imprese a dimostrare che mal si avvisano coloro che qualificano per barbara siffatta distinzione.

Il nostro codice non conosce espressamente la dottrinale distinzione di usufrutto *formale* e *casuale*, che anzi l'italiano Galli nell' esporre in Francia i motivi del presente titolo (in Locré 4, p. 128, n. 10) disse che non si è nel codice adottata la distinzione barbara ed inventata da giureconsulti stranieri *inter usufructum CAUSAM ET formalem*, perchè è stata la sorgente di mille dispute—Che che ne sia, è certo che l'art. facendo estinguere l'usufrutto con la consolidazione, riguarda l'usufrutto *formale* nel senso dell'antica scuola: ed in realtà, cessato l'usufrutto quando l'usufruttuario diviene proprietario, comincia a godere della cosa per causa del suo dominio.

II. Se, dopo la consolidazione, l'usufruttuario cessa di essere proprietario, perchè il titolo in virtù del quale avea acquistato la proprietà viene ad essere rescisso, la rescissione di questo titolo farebbe rivivere l'usufrutto; l. 57, ff. *de usuf.* Pothier, *du douaire*, n. 354. Repert. v. *usufruit*, § 5, art. 7. Toullier t. 3, n. 456. Proudhon t. 2, n. 2075 a 2080. Duranton t. 4, n. 667.

Ma l'usufruttuario ricupera il suo usufrutto, allorchè la proprietà viene ad essergli tolta da qualche caso fortuito? Il giureconsulto Giuliano c'insegna che no. L'usufrutto, egli dice nella l. 17, ff. *quib. mod. usuf. amit.*, di un fondo è stato legato puramente e semplicemente a Paolo, e la proprietà a Tizio, ma condizionatamente, se la tal nave verrà dall'Asia. In aspettazione dell'avvenimento Paolo acquista dall'erede del testatore la proprietà, e si effettua con questo mezzo la consolidazione: ma la nave giunge dall'Asia, e con questo avvenimento opera lo scioglimento del contratto di vendita. Il giureconsulto decide che Paolo non ricupera il suo usufrutto, perchè divenendo proprietario, egli à perduto ogni dritto al suo legato—Ma contro questa ingegnosa decisione fondata sul rigore del dritto, ma contraria alla ragione naturale, si pronunziarono giureconsulti di gravissima autorità, i quali furono di accordo nel dire che l'equità fa rivivere l'usufrutto. Dumoulin su l'antica consuetudine di Parigi, § 3, glos. 5, n. 34 e 35. Voet lib. 7, tit. 4, n. 2. Ubero in eod. tit., n. 2. Brunnemanno e Mormac, su la l. 17, ff. *quib. mod. usuf. amit.* Pothier *du douaire*, n. 254. I giureconsulti moderni aggiungono che se la detta l. 17 era considerata come abrogata, lo dee tanto più essere sotto l'impero del codice, in quanto che il dritto romano non à più forza di legge. Toullier t. 3, n. 456. Proudhon t. 2, n. 2081 e 2082. Duranton t. 4, n. 667.

III. La consolidazione libera indubitatamente la cauzione che a' termini dell'art. 525 avea dato l'usufruttuario. Ma se l'usufrutto viene a rivivere per l'evizione della proprietà, la cauzione non torna ad essere obbligata, perciocchè *in perpetuum sublata obligatio restitui non potest*, l. 98 §. 8, ff. *de solut.*; l. 83, §. 5, ff. *de verb. obligat.*: e l. 10, §. 9, ff. *de in rem verso*. La cauzione che una volta à ottenuto la liberazione col consenso tacito del proprietario che à alienato, à un'eccezione perpetua, *sed verius est semel adquisitam fidejussori exceptionem pacti, ulterius ei invito extorqueri non posse*, l. 62 ff. *de pactis*, e l. 27, §. 2. *eod.* Il proprietario però à dritto di esigere una nuova cauzione Proudhon t. 2, n. 2083 a 2089.

(1) Perchè l'usufrutto si estingua col non uso di 30 anni, tre condizioni sono richieste: 1.° Che non vi sia per parte dell'usufruttuario alcun atto di conservazione o d'interruzione: art. 2148: 2.° Che l'usufruttuario non sia nella classe delle persone privilegiate contro le quali la prescrizione non corre: art. 2158: 3.° Che non abbia goduto—Ma quali sono i casi in cui l'usufruttuario è o pur no reputato godere? Egli gode, rispondono la legge 12, § 2, e la legge 38, ff. *de usufructu*, non solamente allorchè raccoglie da sè stesso i frutti, ma eziandio allorchè un altro li percepisce in suo nome, sia a titolo di affitto, sia per donazione, vendita, cessione, precario o mandato. Il godimento della moglie o della famiglia dell'usufruttuario assente, conserva il suo usufrutto e lo mette al coverto della prescrizione, l. 22 ff. *quibus mod. usuf. amit.*

Si risguardava per dritto romano come imprescrittibile l'usufrutto che non è costituito se non per aver luogo *alternis annis*, val dire di due anni uno, perocchè non *unum*, *sed*

V. gli art. 548 e 549. colla perdita intera della cosa sulla quale fu costituito l'usufrutto (1).

543. L'usufrutto può anche cessare per l'abuso che facesse l'usufruttuario del suo diritto, tanto col cagionare deterioramenti a' fondi, quanto col lasciarli perire per mancanza di manutenzione (2).

V. gli art. 503, 526 e 530.

---

plura legata sunt, dicono le leggi 28 ff. *quibus mod. usuf. amitt.*, e 13 ff. *de usu et usuf.* Questa decisione è molto sottile, osserva Merlin rep. v. *usufruit*, §. 5, art. 3, n. 3, e difficilmente concilierebbesi colla disposizione generale dell'art. 542. Vedi anche Proudhon t. 2, n. 2114.

II. La disposizione dell'art. che fa prescrivere l'usufrutto col non uso di 30 anni, à luogo nell'interesse dell'usufruttuario e del proprietario. Ma se il proprietario o i suoi eredi trasmettono il fondo ad un terzo acquirente a titolo particolare di buona fede, il quale ignorava al momento del contratto l'esistenza dell'usufrutto, libera la sua proprietà, dell'usufrutto pel non uso di 10 o 20 anni, conformemente all'art. 2171 (vedi la nota 1, pag. 158 e 159, n. V.) Se il terzo di buona fede acquista con 10 anni fra presenti e 20 fra gli assenti la piena proprietà, non vi è ragione per non acquistare l'usufrutto con la medesima prescrizione. *Non debet cui plus licet quod minus est non licere*, l. 21, ff. *de reg. juris.* Toullier p. 3, n. 458. Delvincourt. lib. 2, tit. 3, nota 65. Proudhon t. 2, n. 2125 a 2129. Duranton t. 4, n. 673. Troplong *de la prescription*, n. 855. Il terzo prescrive con tre anni se trattisi di oggetti mobili; art. 2185. Duranton t. 4, n. 671.

Ma la medesima dottrina è applicabile alla causa dell'usufruttuario il cui dritto è sospeso da una condizione? O in altri termini, l'art. 2163, il quale prescrive che la prescrizione non corre contro un credito dipendente da qualche condizione, é applicabile alla causa dell'usufruttuario? Per dritto romano la prescrizione di un dritto condizionale era sospesa, anche a riguardo del terzo detentore, fino a che la condizione era pendente: è celebre la legge 3, § 3, C. *comm. de legat*—Questa legge non era osservata in Francia, e sotto il codice civile la quistione é stata molto agitata, come si vedrà nelle osservazioni all'art. 2163. Qui basta il dire che l'art. 2163 non è applicabile al terzo possessore, il quale può prescrivere contro l'usufruttuario, il cui dritto era sospeso da una condizione. Toullier t. 6, n. 527 e 528. Proudhon t. 2, n. 2130 a 2153. Grenier *hypot.* n. 518. Duranton t. 9, n. 610. Troplong *hypot.*, n. 780 e 886, e *de la prescription*, n. 791 e seg.

(1) È un principio generale di dritto che l'usufrutto si estingue colle perdita della cosa sulla quale è stabilito: L. 2, ff. *de usufructu*; l. penul. C. *eod. tit.*; l. 5, § 2, l. 23 ff. *quibus modis usufruc. amit.*; pr. Inst. *de usuf.*—Ma su questo principio bisogna fare le seguenti riflessioni: 1.° Che qui non trattasi se non dell'usufrutto di un corpo certo o di una cosa determinata. Comprendesi in effetti che, allorchè trattasi se non dell'usufrutto di tutt' i beni, la perdita o il cambiamento di qualche oggetto particolare non potrebbe dar luogo all'estinzione del dritto su ciò che resterebbe. Nè è lo stesso quando ciò che perisce, non sia che l'accessorio di un fondo sul quale gravita l'usufrutto: l. 34, § ultimo ff. *de usuf.*; l. 8, 9 e 10 *quibus modis usuf. amitt.* 2.° Che la cosa sia perita per caso fortuito e senza colpa del proprietario ch'era obbligato a rilasciarla, art. 1090, 1092. Benvero se le cosa sarebbe perita anche nelle mani dell'usufruttuario, è estinto l'usufrutto senz'azione per indennità, art. 1256.

Se è stato legato l'usufrutto di un gregge, art. 541, decidono le leggi romane, che l'usufrutto n'è estinto, dal momento che gli animali che locompongono, sono ridotti ad un numero tale che non possono chiamarsi più gregge; ed il numero degli animali necessari a comporre un gregge variava secondo le diverse loro specie: l. ult. ff. *quibus mod. usuf. amitt.*; l. 3, ff. *de abigeis.* Voet *ad pandectas* lib. 7, tit. 4, n. 9, attesta coll'autorità di molti scrittori che questa dottrina perchè troppo sottile non era seguita negli usi. E Toullier t. 3, n. 462 aggiunge, che questa sottigliezza non può essere ammessa sotto l'impero del codice che richiede per la estinzione dell'usufrutto la perdita totale della cosa. V. Proudhon t. 3, n. 2535 2537, 2537. Duranton t. 4, n. 688. Delvincourt l. 2, tit. 3, nota 67.

(2) La disposizione di questo art. si applica anche all'usufruttuario che avesse dato cauzione, art. 526, di usufruire da buon padre di famiglia, perchè *satisdatio propositum malevolum non mutat, sed diutius grassandi facultatem praestat*, l. 6, ff. *de suspectis tutor.*, ed aggiunge il presidente Fabro C. lib. 3, tit. 13 def. 2, *satisdatio interponitur, quo magis, non quo minus bene ex arbitrio boni viri usufructuarius re aliena fruatur*, arg. l. legata inutiliter 14 *de adim. leg.* Rep., v. usufruit, § 5, art. 4, n. 1. Proudhon t. 3, n. 2423.

L'usufrutto de' genitori si estingue per l'abuso. Rep. ibid. Toullier t. 3, n. 469 Proudhon t. 3, n. 2425 e 2426.

Qualora i deterioramenti fossero stati commessi dal fittajuolo che l'usufruttuario à espul-

I creditori (1) dell' usufruttuario possono intervenire (2) alle liti, ad oggetto di conservare le loro ragioni: possono offrire la riparazione de' commessi deterioramenti, e garentia per l' avvenire (3). V. l'art. 1119.

I giudici possono, secondo la gravezza delle circostanze, pronunciare l' estinzione assoluta dell' usufrutto, ovvero ordinare l' immessione del proprietario nel possesso della cosa sottoposta all'usufrutto; col peso però di pagare annualmente all'usufruttuario, o a quelli che hanno causa da lui, una somma determinata, sino al momento in cui l' usufrutto avrebbe dovuto cessare.

544. L' usufrutto che non è accordato a particolari, non dura oltre trent' anni (4).

545. L' usufrutto conceduto sino a che una terza persona sia giunta ad una determinata età, dura sino a tal epoca, ancorchè la detta persona sia morta prima dell' età fissata (5).

546. La vendita della cosa soggetta all' usufrutto non porta verun cangiamento al diritto dell' usufruttuario: egli continua nell' usufrutto, se non vi ha formalmente rinunciato (6).

---

so, non si potrebbe privare l'usufruttuario del suo godimento, se riparasse il danno, indennizzando il proprietario. Toullier t. 3, n. 468. Proudhon t. 3, n. 2455.

Se il fondo si trovasse affittato prima che l'usufruttuario avesse commessi i deterioramenti che danno luogo all'estinzione dell'usufrutto, il proprietario è obbligato di rispettare l'affitto. Proudhon t. 2, n. 1222.

(1) Chirografari ed ipotecari, poichè la legge non distingue; che anzi l'interesse maggiore è de' creditori chirografari, mentre i creditori ipotecari che non sono intervenuti nel giudizio possono esercitare la loro azione ipotecaria sull'usufrutto, anche dopo pronunziata l'estinzione per l'abuso dell' usufruttuario. Questa dottrina è insegnata da Proudhon t. 3, n. 2430 e 2476 a 2492. Vedi anche Troplong *hypot.*, n. 465 e seg., 843 e 888.

(2) Ma se i creditori non sono intervenuti, e si è di già pronunziata la decadenza dell' usufruttuario per abuso nel godimento, senza che vi sia stato concerto fraudolento tra l'usufruttuario, e'l proprietario, i creditori chirografari ed ipotecari dell'usufruttuario come aventi causa non possono fare opposizione di terzo al giudicato che à pronunziato la decadenza. Proudhon t. 3, n. 1472 a 1474. Merlin rep. v. *opposition* (*tierce*), § 2, art. 3; e *questions de droit*, § 1.

(3) I creditori che ànno adempito al peso delle riparazioni che costituivano un debito dell' usufruttuario, sono di pieno dritto surrogati nelle ragioni del proprietario, art. 1204, e quindi debbono essi stessi godere dell'usufrutto e percepirne gli emolumenti fino alla concorrenza de' loro crediti. Proudhon t. 3, n. 2431 a 2442.

(4) I. La legge 56, ff. *de usufructu* stabiliva il termine a 100 anni. La disposizione dell' art. non è adunque applicabile agli usufrutti stabiliti prima della promulgazione del codice. Toullier t. 3, n. 459. Proudhon t. 1, n. 330.

Se il pubblico stabilimento venisse soppresso, l'usufrutto si estinguerebbe benchè non fossero passati i 30 anni per la sua durata: l. 21. ff. *quib. mod. usuf. amitt.* Toullier t. 3, n. 460. Proudhon t. 1, n. 332.

Il testatore potrebbe assegnare all'usufrutto legato ad un pubblico stabilimento un termine più lungo di 30 anni. Ma come il legato non può accettarsi senza autorizzazione del governo, art. 826, così se il governo concede l'autorizzazione senza limitazione, l'usufrutto durerà fino al termine designato dal testatore. Proudhon t. 1, n. 331.

II. Non bisogna confondere il dritto di usufrutto ch' è stato legato ad un comune o ad uno stabilimento pubblico, con un entrata, una pensione o distribuzione di derrate che gli fosse stato annualmente legato: in questo caso il legato annuale sarebbe perpetuo (l. 23 e 24 ff. *de annuis legatis*, e l. 117 e 122. ff. *de legatis*), perciocchè la regola la quale prescrive che la nuda proprietà non sia perpetuamente separata dal nudo godimento, non trova qui la sua applicazione. Proudhon t. 1, n. 58 e 331.

(5) E ciò perchè si è preso in considerazione un numero determinato di anni, e non già la vita della terza persona. *Neque enim ad vitam hominis respexit, sed ad certa curricula;* l. 12, C. *de usuf.*

Questo principio non è applicabile all'usufrutto che i genitori ànno su' beni del figlio. Vedi la nota 2, pag. 95.

(6) Il cangiamento di proprietà non induce verun cangiamento nel dritto dell'usufruttuario, se costui non vi à rinunziato; l. 19 ff. *quibus mod. usuf. amitt.*

V. l'art. 1120. 547. I creditori dell' usufruttuario possono far dichiarare nulla la rinuncia all' usufrutto, che questi avesse fatta a loro pregiudizio (1).

548. Se una sola parte della cosa soggetta all' usufrutto perisce, l' usufrutto si conserva sopra ciò che rimane.

549. Se l' usufrutto non è costituito che sopra un edificio, e questo venga distrutto da un incendio o da altro accidente, ovvero rovini per vetustà, l' usufruttuario non avrà diritto di godere nè il suolo nè i meteriali

Se l' usufrutto fosse costituito sopra una possessione di cui l' edificio facesse parte, l' usufruttuario godrebbe del suolo e de' materiali.

CAPITOLO II.

Dell' uso e dell' abitazione (2).

550. I diritti di uso e di abitazione si costituiscono e si perdono nella stessa maniera che l' usufrutto (3).

Quando s'intende che l'usufruttuario à rinunciato al suo dritto? Secondo il dritto romano la presunzione che risguardava la rinuncia del creditore ipotecario alla sua ipoteca, era applicabile alla causa dell'usufruttuario; a segno tale che reputandosi di aver rinunciato alla sua ipoteca il creditore ipotecario che avea acconsentito che il fondo ipotecato si vendesse come libero (l. 138, ff. *de reg. juris*; l. 4, § 1 ff. *quib. mod. pignus*), così l'usufruttuario che avesse acconsentito alla vendita del fondo perdeva il suo dritto, l. 4, § 12, ff. *de doli mali except*. Ciò che fece dire al Presidente Fabro, (C. lib. 4, tit. 28, def. 1,) che per dirsi che vi fosse rinuncia tacita al dritto di usufrutto, basta che il fondo sia stato venduto con la conoscenza e col consenso dell' usufruttuario, quantunque non abbia partecipato al prezzo della vendita.

L' esposta dottrina è in armonia coll'art. in esame (che che ne dicano in contrario Maleville sull'art. 621 del cod. francese e gli autori delle pandette francesi sull'art. 617), dalle cui parole *se non vi à formalmente rinunciato* gli autori del codice non ànno inteso prescrivere alcuna forma sacramentale all'usufruttuario per rinunciare al suo dritto; ma stabilire che la rinuncia dev' essere positiva e certa: *nemo ita resupinus est ut facile pecunias suas jactat;* l. 25 in princ. ff. *de probat*. Proudhon t. 3, n. 2174—Ciò stante è evidente, che la rinuncia può essere espressa o tacita. La rinuncia è espressa, quando viene formalmente dichiarata dall'usufruttuario. È tacita, quando senza essere espressa risulta ciò non ostante da certi atti che ne fanno necessariamente supporre l'esistenza. Così se l'usufruttuario senza annunciare la sua qualità, acconsente che il proprietario vendesse la piena proprietà, è reputato di aver tacitamente, come decide Ulpiano, rinunciato al suo dritto. Poco importa che abbia dato il suo consenso prima o dopo l'alienazione: basta che l'abbia dato, l. 4, § 1, ff. *quib. mod. pig. vel hypot. sol*. Ma se l'usufruttuario firmasse l'atto puramente e semplicemente come testimonio, *tamquam merus testis dumtaxat*, non si potrebbe farne risultare alcuna rinuncia, l. 39 ff. *de pignor act*., perchè si presume che i testimoni sottoscrivono *honoris causa*, senza conoscere il contenuto nell'atto. Bisogna però aver riguardo alla qualità delle persone ed alle circostanze di fatto che potrebbero includere la mala fede, e fa supporre che l'usufruttuario abbia inteso di rinunciare al suo dritto. Domat lib. 3, tit. 1. sez. 7, n. 15. Proudhon t. 3, n. 2177 a 2179.

(1) I creditori non potrebbero far dichiarare nulla la rinuncia che il padre fa all'usufrutto legale, emancipando il figlio. Vedi la nota 2, pag. 95.

(2) Sotto la parola *uso* comprendesi qualche volta l'usufrutto, l. 22, § 1, ff. *de usu et habit.*; ma regolarmente questa parola non indica che il dritto su' frutti del fondo altrui, ciò che l'usuario ne può consumare pe' suoi bisogni: perciò leggesi nelle Instituta lib. 2, tit. 5, che *minus est in usu quam in usufructu*.

L' *abitazione* consiste nel dritto di abitare la casa altrui, col peso, come nell'usufrutto e nell'uso, di conservare la sostanza della cosa tanto nella materia che nella forma.

(3) Su questo art. sono notevoli le seguenti riflessioni: 1.° I dritti di uso e di abitazione si stabiliscono, dice l'art., nella stessa maniera che l' usufrutto; donde potrebbe dedursi che sievi l'uso o l'abitazione legale come l'usufrutto: vedi la nota 1, n. 11, pag. 158. Non vi è intanto alcuna disposizione di legge che stabilisce il dritto di uso o di abitazione,

551. Non si può godere di tali diritti, senza che si sia data previamente cauzione, e senza che si formino gli stati e gl' inventarj, siccome nel caso dell' usufrutto. V. gli art. 525 a 529.

552. Gli usuarj, e colui che ha diritto di abitazione, debbon godere da buoni padri di famiglia.

553. I diritti di uso e di abitazione sono regolati dal titolo che gli stabi-

---

e se l'art. 1383 accorda alla vedova un anno di abitazione e gli alimenti a peso dell'eredità del marito, ciò non costituisce nè un dritto di uso, nè di abitazione, sia che si consideri la durata del dritto, che i pesi cui è tenuto l'usuario, ed a'quali non è assoggettata la vedova. Duranton t. 5, n. 6 (1).

2.° L'usufrutto si può acquistare colla prescrizione: vedi la nota alla pag. 159, n. V. Pel dritto di uso bisogna distinguere il caso in cui il dritto per esercitarsi à bisogno di un godimento discontinuo, come sarebbe la facoltà di prendere de' frutti in un campo altrui; dal caso in cui il dritto si esercita con un godimento o un possesso continuo, come sarebbe quando l'usuario di un fondo immesso nel possesso di esso, non differisce dall'usufruttuario. Nel primo caso l'uso non si acquista colla prescrizione; nel secondo sì: arg. dell'art. 612. Proudhon, n. 2754. Duranton, t. 5, n. 7—In quanto al dritto di abitazione è chiaro che si può acquistare colla prescrizione, perchè per esercitarsi à bisogno di un possesso continuo, art. 611. Duranton, t. 5, n. 8.

3.° L'uso è considerato in giurisprudenza come una cosa indivisibile, l. 72 ff. *de verb. oblig.*, perchè la misura della necessità non è determinata che da un solo punto, mentre che al contrario l'usufrutto che abbraccia gli emolumenti che derivano dal fondo, è divisibile come il fondo sul quale è stabilito: *usus pars legari non potest, nam frui quidem pro parte possumus, uti pro parte non possumus*, l. 19, ff. *de usu et habit* — Da ciò nasce che se nell'usufrutto à luogo il dritto di accrescere (v. la nota 2, alla pag. 179 e 180 n. 11.), non può dirsi lo stesso dell' uso, percioccchè l' usuario non può ottenere al di là de' suoi bisogni. Proudhon t. 1, n. 48, t. 3, n. 2739, Duranton t. 5. n. 12.

4.° Potendosi legare la proprietà del fondo a Primo, l' usufrutto a Secondo ed il dritto di uso a Terzo (l. 14, § 3, ff. *de usu et habit*) l'usuario deve servirsi a preferenza dell'usufruttuario, nè è tenuto a soffrire riduzione per la divisione de' frutti: *si alii usus, alii fructus ejusdem rei legetur, percipiet fructuarius, quod usuario supererit*, l. 42 ff. *de usuf.* Voet *ad pandectas*, lib. 7, tit. 8, n. 1. Proudhon t. 3, n. 2739, e Duranton, t. 5, n. 13.

5.° L'usufrutto può essere costituito a titolo universale, ma i dritti di uso e di abitazione essendo limitati a' bisogni dell' usuario, tutto ciò che costui prende l' è a titolo particolare. Duranton t. 5. n. 11.

6.° L' usufrutto può essere stabilito a profitto di più persone successivamente, ma non a perpetuità, come si è visto nella nota 2, n. 1, pag. 179. L'uso per lo contrario, quantunque una servitù personale, può rendersi perpetuo nella sua durata, nè la perpetuità è contraria alla sua essenza, percioccchè l'usuario non avendo dritto a' frutti che in ragione de' suoi bisogni, non può dirsi che la proprietà resterebbe senza effetto. Bisogna però distinguere il caso in cui la costituzione dell'uso a profitto di un individuo e de' suoi figli o discendenti abbia luogo per donazione o per testamento, dal caso in cui è a titolo oneroso. Nel primo, l' uso non può aver luogo che a profitto de' soli figli o discendenti dell' usuario che si trovavano di già conceputi al momento della donazione o della morte del testatore, art. 822. Nel secondo, l'uso sarà validamente stipulato per i figli o discendenti indistintamente, percioccchè noi stipuliamo pe' nostri eredi come per noi stessi, art. 1075, sieno o no conceputi al momento della stipulazione; e l' erede del nostro erede è pure nostro erede, l. 194 ff. *de reg. jur.* Vedi Proudhon, t. 4, n. 3067 e seg. Duranton, t. 5, n. 14, 28, e 31.

7.° La disposizione dell'art. 544 che limita a 30 anni la durata dell'usufrutto stabilito a favore de' corpi morali non è applicabile a' dritti di uso, non ostante la generalità delle espressioni dell' art. 550. La ragione che à fatto limitare a 30 anni la durata dell' usufrutto (vedi la nota 4, pag 183) non à luogo quando si tratta de' diritti di uso, la cui misura essendo limitata a' bisogni dell' usuario, lascia ordinariamente una parte del godimento al proprietario. Duranton t. 5, n. 43.

---

(1) Si è notato che tra' privati non ci à alcun uso stabilito dalla legge. Ma essa riconosce degli usi a pro de' naturali de' comuni su' demani comunali, e quelli su' boschi in generale: art. 77 della legge forestale de' 21 agosto 1826.

lisce, e ricevono maggiore o minore estensione, giusta le disposizioni in esso contenute.

554. Se il titolo non determina l'estensione di questi diritti, saranno regolati come segue.

555. Colui che ha l'uso de' frutti di un fondo, non può esigerne se non quanto gli è necessario pe' suoi bisogni e per quelli della sua famiglia (1).

Può esigerli anche pe' bisogni de' figli che gli sono sopravvenuti dopo la concessione dell'uso (2).

556. L'usuario non può cedere nè affittare il suo diritto ad un altro (3).

557. Il diritto di abitazione in una casa varrà lo stesso che aver l'uso di quella. Quindi colui che avrà questo diritto, potrà usarne per quanto è necessario per abitarvi colla sua famiglia, ancorchè siasi maritato dopo l'epoca in cui acquistò il diritto suddetto.

V. gli art. 507 e seg., 530, 532 e 533.

558. Se l'usuario consuma tutti i frutti del fondo, o se occupa tutta la casa, egli è tenuto alle spese di coltura, alle riparazioni di manutenzione ed al pagamento delle contribuzioni, nello stesso modo che l'usufruttuario.

Se prende una parte de' frutti, o se occupa una parte della casa, contribuisce in proporzione di ciò che gode.

---

(1) I bisogni dell'usuario sono relativi alla sua qualità e condizione; *aliquo enim largius cum usuario agendum est, pro dignitate eius, cui relictus est usus*, l. 12, §§ 1, ff. *de usu et habit*. La parola *famiglia* si applica non solamente agli sposi, l. 9 ff. *de usu et habit.*, ma comprende i figli ed i domestici. l. 195. ff. *de verb. signif.*: Proudhon t. 3, n. 2775: Duranton t. 5, n. 19. Sotto il nome di *figli* si comprendono anche i figli naturali riconosciuti (*), ed i figli adottivi verso i quali il padre è tenuto agli alimenti, v. la nota 6, pag. 82, e gli art. 193, e 273: Duranton t. 5, n. 19. Gli ascendenti dell'usuario non farebbero parte della famiglia, ancorchè fossero loro dovuti gli alimenti; s'intende qui per famiglia quella di cui si è il capo. Proudhon t. 3, n. 2776. Duranton t. 5. n. 19.

(2) Quando anche non era maritato all'epoca della concessione del dritto di uso. Inst. *de usu et habit*. Proudhon t. 3, n. 2777, e Duranton t. 5, n. 18.

(3) Per la ragione che il diritto di uso essendo limitato alla persona di chi ne gode; passando ad altra persona, potrebb'essere di maggior peso o di maggior incomodo al proprietario. Era questa anche la disposizione del dritto romano; l. 11. *in fin.* e 8 ff. *de usu et habit.*; §. 1. *in fin. Inst. eod.* Non potendo quindi il dritto di uso esser venduto, è facile il comprendere che non può essere ipotecato, l. 12, § 2, ff. *de usuf.*, art. 2004; nè può esser pignorato, perchè il pignoramento produrrebbe la vendita la quale è interdetta, Proudhon, n. 2751. Duranton, t. 5, n. 22 e 23. Troplong, *hypoth.*, n. 108 e 403 — *Contr.* Grenier *hypot.*, n. 144.

Voet ad *pandectas* lib. 7, tit. 8, n. 4. insegna che questa decisione non è assoluta in tutt'i casi: che potrebbe l'usuario locare se il testatore glielo avesse permesso. Il sentimento di questo autore debb'essere oggi seguito, perciocchè si tratta di una disposizione di dritto privato cui il testatore può derogare. Che d'altronde stabilendo l'art. 553 che il titolo può determinare l'estensione del diritto di uso, è evidente che quanto il titolo permette di cedere o di locare il dritto di uso, il proprietario deve rispettarlo. In questo caso può il dritto di uso sequestrarsi ed anche ipotecarsi, poichè la sola causa di non esser sequestrato, cioè la inalienabilità, non sussiste. Proudhon t. 3, n. 2766, e Duranton t. 5, n. 24.

Se il titolo non concede all'usuario la facoltà di locare o vendere il dritto di uso, Voet eod. n. 3 è di avviso che l'usuario non potrebbe cedere o locare il suo dritto, quando anche avesse il dritto di assorbire tutt'i frutti sommessi al suo godimento; e Duranton t. 5, n. 21 sostiene che questa opinione dev'essere seguita per la disposizione generale dell'art. 556. Ma Proudon t. 3, n. 2767 è di avviso che in questo caso non vi è ragione ad interdire all'usuario la facoltà di locare o di cedere il suo dritto: il proprietario sarebbe senza interesse a contrastarglielo.

(*) Proudhon n. 2779 è di contraria opinione.

TITOLO IV.

DELLE SERVITU' PREDIALI (1).

559. La servitù prediale s' impone sopra un fondo per l'uso e l'utilità di un fondo appartenente ad altro proprietario (2).

---

(1) Il trattato delle servitù presenta nella legislazione civile una importanza ragguardevole. Dappoichè la proprietà essendo suscettiva di modificazione, come tutte le instituzioni sociali, la modificazione che deriva dalle servitù si connette essenzialmente all'interesse dell'agricoltura, la cui prosperità à sempre richiamato l'attenzione de' legislatori, non che alla tranquillità de' proprietari, i quali ànno il dritto di esigere il minor possibile sacrifizio della libertà de' loro fondi per l'altrui utilità. Da ciò nasce, che se la politica de' governi ed il progresso de' lumi annientarono le *manomorte personali*, la servitù de' fondi dovea esser conservata per lo stesso principio di pubblica e privata utilità.

Gli autori del codice in siffatta materia non potevano aspirare alla creazione di un nuovo sistema, perciocchè trovarono nel dritto romano e consuetudinario delle regole conformi alla giustizia e riconosciute utili dall'esperienza de' secoli. Eglino perciò si limitarono a stabilire de' principî generali sulla natura delle servitù, sulle cause che la producono, e su' modi che la fanno acquistare e perdere, e malgrado l'estremo desiderio di stabilire *l'uniformità* in questa parte della legislazione, come nelle altre, pure rispettando gli usi, vi ànno qualche volta rinunciato, quando delle differenze locali invincibilmente la respingevano. Gli usi ed i regolamenti particolari e locali sono richiamati negli art. 567, 572, 584, 592, 595.

Ben si comprende adunque quanto sia difficile per la natura stessa delle cose il titolo delle servitù, le cui disposizioni debbono esaminarsi con la guida del dritto romano e delle consuetudini locali tanto necessarie a consultarsi. Sono notevoli presso di noi le consuetudini napoletane sotto i due titoli *de servitutibus, et de aperturis non faciendis*, derivate la più parte dalle antiche costumanze e modi di fabbricare de' cittadini napoletani, ed altre dal dritto de' Longobardi — Giova ancora osservare che questo titolo contiene delle disposizioni estranee alle servitù, come quelle relative allo stabilimento de' termini di confine, alla comunione de' muri. Maleville riconosce che ciò forma un difetto di metodo, ma scusa questo difetto, dicendo che qui era il luogo più opportuno per tali regole.

(2) Per ben discutere la rilevante materia delle servitù, conviene preliminarmente presentare sotto un punto generale di veduta: 1.° La natura delle servitù: 2.° Le differenti specie di servitù: 3.° Le cose sulle quali si possono stabilire servitù. Nella nota 4, pag. 224, sarà esaminato da quali persone possono costituirsi o acquistarsi le servitù.

I.

Della natura delle servitù.

Tutte le servitù sono *personali o prediali*. Diconsi *personali* quelle per le quali i fondi sono assoggettati alla persona, *quando praedium servit personae*. Si riconoscono tre specie di tali servitù personali, cioè l'*usufrutto*, *l'uso e l'abitazione*, di cui si è discorso nel titolo precedente. Alcuni giureconsulti ànno dato il nome di servitù *miste* a queste specie di servitù per distinguerle dalla schiavitù propriamente detta e da tutte quelle che assoggettano una persona ad un'altra.

Le servitù *prediali* o *reali* sono quelle che prestansi da un fondo ad un altro fondo. Delle servitù prediali è oggetto di questo titolo, e noi di queste servitù procureremo di spiegare la natura.

II. *La servitù*, dice Domat, lib. 1. tit. XII, sez. 1, n. 1, *è un dritto che rende un fondo soggetto a qualche servigio, per l'uso di un altro fondo che appartiene ad un altro padrone: come p. e., il dritto che à il proprietario di un podere di passare sul fondo del vicino, per andare nel suo*—Il codice francese definì la servitù per *un carico imposto sopra un fondo per l'uso ed utilità del fondo appartenente ad altro proprietario*. Si sostituì la parola *carico* a quella di *diritto*, perchè la parola *diritto*, disse il Tribuno Albisson (in Locré 4, p. 185, n. 3) nel suo significato relativo non può intendersi che in un senso attivo, nel mentre che la parola *servitù* annunzia, solo da per se stessa, qualche cosa di pas-

560. La servitù non induce alcuna preminenza di un fondo sopra l'altro.

---

sivo.—Il nostro codice à evitato sì la parola *dritto* che quella di *carico*, senza che però avesse inteso di cangiare la natura della servitù.

In questa definizione rinvengonsi i caratteri essenziali della servitù.

Primo.—La servitù è una cosa incorporale (v. la nota 3, pag. 127) la quale in se stessa non è nè mobile nè immobile, ma solamente è inerente all'immobile cui è dovuta, e del quale diviene una qualità, l. 86 ff. *de verb. signif.*; considerata però per l'oggetto cui si riferisce, cioè all'immobile senza del quale non può esistere, è immobile, art. 449. La servitù quindi non può alienarsi, nè locarsi senza il fondo dominante; colui al quale fosse stata venduta o data non potrebbe trascrivere il suo contratto, onde purgare i dritti de'creditori del venditore (vedi la nota 1, n. 1, pag. 227); non può oggi (*) ipotecarsi isolatamente senza il fondo. Arg. dell'art. 2004, l. 24, 33 § 1, ff. *de servit. praed. rustic.*, l. 11, § ult. ff. *de pignor. et hypot.* Voet *ad pandectas*, lib. 8, tit. 4, n. 8. Domat lib. 1, tit. 12, sez. 1, n. 26. Pardessus, n. 6. Troplong *hypot*, n. 402. Duranton, t. 5, n. 547.

Secondo.—La servitù è un dritto reale, poichè è stabilita sul fondo per l'utilità di un altro fondo, indipendentemente dalla persona che lo possiede, Inst. *de servit.* §. 3; l. 1, § 1, e l. 6 ff. *comm. praed.*, l. 23 §. 2, ff. *de servit. praed. urb.*, o metaforicamente parlando, è una qualità attiva e passiva de'fondi che ne sono l'oggetto, l. 86 ff. *de verb. signif.*: come dritto reale investe i due fondi e nella totalità ed in ciascuna delle loro porzioni: *est tota in toto et in qualibet parte fundi dominantis active, servientis passive*: vedi le l. 13, § 1, 23, § 3, e 26 ff. *de servit. praed. rustic.* La servitù quindi differisce dalla obbligazione, in quanto dà alla persona cui appartiene, un dritto reale nel fondo altrui, mentre che l'obbligazione non dà un dritto che contro la persona obbligata. Differisce altresì dall'ipoteca, la quale benchè fosse un dritto reale, pure non è che l'accessorio di un debito essenzialmente mobile, e non dà dritto che alla vendita forzata del fondo per ottenere il pagamento: la servitù al contrario ferisce il dominio indipendentemente da tutte le obbligazioni personali, ed in conseguenza non à bisogno d'iscrizione per esser conservata. Laonde il rifiuto di soffrirne l'uso non si risolve a'danni-interessi come nelle obbligazioni personali, giusta l'art. 1096, ma quegli che à la servitù attiva può impiegare i mezzi autorizzati dagli art. 1097; 1098 e 1456 per procurarsi l'esercizio effettivo. Pardessus, n. 9.

Terzo.—Le servitù non possono essere stabilite che in favore de'fondi: *ideo autem hae* SERVITUTES PRAEDIORUM *appellantur, quoniam sine praediis constitui non possunt. Nemo enim potest servitutem adquirere, vel urbani, vel rustici praedii, nisi qui habet praedium*; l. 1, § 1. ff. *comm. praed.*; § 3, *Instit. de servit.* Dal che segue: 1.° Che se un fondo serve per un altro fondo, questo servizio non passa alla persona se non a causa del fondo, così l'acquirente di un fondo gravato di servitù è tenuto di soffrirla, quantunque l'avesse acquistato senza alcun carico, e'l venditore non è tenuto ad indennizzare l'acquirente, se non nel caso in cui avesse venduto il fondo libero da ogni peso, art. 1484; 2.° Che se è dell'essenza della servitù che abbia per oggetto l'utilità di un fondo, le convenzioni (permesse dall'art. 607) che conferiscono ad un'individuo alcuni diritti che ànno il medesimo oggetto ed il nome stesso di quelli che la legge chiama servitù, non sono una servitù propriamente detta, ma semplici concessioni personali, i cui effetti stabilir deggionsi mercè i termini dell'atto che le contiene. Laonde non può aversi una servitù che consista nel dritto di entrare nel fondo di un'altro, per cogliervi frutta o per passeggiarvi, nè per altri usi che non si rapportano a quelli di un fondo: tal dritto sarebbe di un'altra natura, come, per esempio, se si convenisse per un prezzo di danaro, sarebbe una locazione. Questa differenza non è ne' vocaboli, è bensì assoluta, massime nel modo di acquisto, di conservazione, di estinzione del dritto. Così colui che à dritto di cogliere frutta nell'altrui fondo, non può esercitare il suo dritto quando il fondo sia stato alienato; perciocchè questo dritto non era reale ed inerente al fondo: Domat lib. 1, tit. XII, sez. 1, n. 5; Toullier t. 3, n. 585 a 588, e t. 6, n. 436 e 437; Pardessus, n. 11 e 12; Duranton t. 5, n. 444 a 450: 3.° Che la servitù deve avere per oggetto l'uso e l'utilità di un altro fondo. Non si concepisce in effetti che un fondo possa avere delle soggezioni senza che ne risulti utilità pel fondo a favore di cui trovasi stabilita: l'interesse è il fondamento di tutte le azioni e stipulazioni, e dove questo manca, la stipulazione non produce obbligazione civile. È perciò che la legge 15 princ. ff. *de servitutibus* dichiara nulla la stipulazione in virtù della quale si obbligasse taluno a non passare sul suo proprio fon-

---

(*) Diciamo oggi, giacchè la quistione se la servitù poteva ipotecarsi, era una delle più controverse fra gl'interpetri del dritto romano, e le opinioni de'quali sono passate a rassegna da Troplong, *hypot.*, n. 401.

561. Deriva dalla situazione naturale de' luoghi, o dalle obbligazioni im- Ved. gli art. 573 e 607.

---

do, ovvero a non fermarvisi., l. *ergo* 5, §1 in fin., l. *veluti* 6; § *qui duo* 29 in fin. ff. *de servit. praed. rustic.* Non è necessario però che una servitù sia utile nello stretto significato per esser valida, ma basta che sia dilettevole, *amaena* : il semplice diletto è un titolo valevole per la costituzione della servitù : così un acquidotto che si stabilirebbe per somministrare acqua a cascate o a peschiere di delizia, è una vera servitù : il dritto romano ne somministra esempi nella servitù *ne prospectui officiatur*, ed in taluno altre che non sono più utili. Vedi la l. 1, § 11, e l. 3, ff. *de aqua quot. et estiva ;* l. 79 § *voluptariae* ff. *de verb. signif.;* l. 11 ff. *de suppell. leg.;* l. 12, § 24 ff. *de fund. instr.*, l. 41 § 10 e 11 ff. *de legat.*; l. 2 C., *de excus. artif.*, e Cujacio sulla l. 8. ff. *de servitut*—Si rifletta altresì che l'utilità, elemento tanto necessario in ogni specie di servitù, non è solo l'utilità attuale, ma egualmente un futuro vantaggio : *futuro quoque aedificio*, *quod nondum est*, *vel imponi vel adquiri servitus potest*, l. 23, §. 1. ff. *de servit. praed. urban.* In questo caso però la servitù è costituita sotto la tacita condizione, che la casa a favore del quale è stabilita la servitù, sarà costruita. Toullier t. 3, n. 589 e 590. Delvincour, t lib. 2, tit. 4, nota 2. Pardessus, n. 3, 14, 15 e 50. Duranton t. 5, n. 442 e 443.

Quarto.—Le servitù si esercitano sopra un fondo di cui non si è proprietario. Quando i due fondi appartengono allo stesso proprietario, il godimento che si esercita sul fondo serviente non è a titolo di servitù, ma un attributo del dominio ; donde la massima, *nemini res sua servit jure servitutis*, l. 26, ff. *de servitut.*; l. 5, princ. ff. *si usuf. petat.;* l. 33 in fin. ff. *de servit. praed. rustic.*; l. 10, ff. *comm. praed.;* l. 45, ff. *de reg. juris.* È perciò che se i due fondi appartenenti a differenti proprietari diventano proprietà di un solo, la servitù è estinta, art. 626.

Da che le servitù sono dovute da un fondo per l'utilità di un'altro, ne segue molto naturalmente che questi due fondi debbono essere vicini : le leggi romane prescrivevano benanche la *contiguità*, la quale massima veniva modificata con delle metafisiche distinzioni. Il progetto del codice diceva che la servitù è imposta per l'utilità di un fondo *vicino.* La parola *vicino* fu soppressa sulle osservazioni del Tribunato, il quale ne dette per motivo: « che possono esservi delle proprietà intermedie tra il fondo cui la servitù è do- » vuta e quello che la deve. » Ed all'uopo il Tribuno Albisson si espresse così : « Si tro- » va nella maggior parte degli autori classici del dritto un'altra condizione che il progetto » non enuncia, quella della vicinanza de' due fondi ; ma questa condizione non è talmente » essenziale che sia indispensabile in una buona definizione: e coloro che la enunciano ne » convengono in qualche modo, quando avvertono di non confondere qui la *vicinanza* » colla *contiguità.* È certo in fatti che una servitù può esistere tra due fondi separati da » un altro intermedio. I libri del dritto romano ci forniscono vari esempi ». Locrè 4, p. 173, n. 1, e p. 185, n. 3.

Non esigendo adunque il codice *contiguità* tra i due fondi, è da seguirsi ciò che è prescritto nella l. 39, ff. *de servit. praed. urb.* che io posso stipulare che Tizio non potrà inalzare la sua casa, per non recar pregiudizio alle luci o al prospetto della mia, sebbene fra le due case vi fosse una distanza. Ma se tra le due case esistesse tanta distanza o pure una montagna, così che dall' inalzamento della casa Tizio non può recar pregiudizio alle mie luci, tale stipulazione, dice la l. 38 dello stesso titolo, sarebbe nulla per mancanza di causa o d' interesse.

Applicando questi principi alle servitù de' predi rustici, Duranton t. 5, n. 456 sostiene che fra i due fondi vi dev' essere *contiguità* per esercitarsi la servitù, a meno che il fondo intermedio non fosse una strada pubblica o un corso d'acqua. Così, egli dice, la servitù di passaggio a profitto del fondo A sul fondo C non può esistere realmente, se il fondo B è intermedio ed appartenente ad un altro proprietario, a meno che il fondo A non abbia anche il passaggio sul fondo B, per l' esercizio di questa medesima servitù: cita in sostegno della sua dottrina la l. 7, §. 1. ff. *de servit. praed. rust.*, la quale dice, *in rusticis autem praediis impedit servitutem medium praedium*, *quod non servit.*

Sembra che questa dottrina non può esser seguita, perciocchè contraria alla idea manifestata da' compilatori del codice, i qual tolsero dal progetto la parola *vicini*, appunto perchè si disse che tra i due fondi ve ne possono essere degli altri intermedi. Con maggior fondamento adunque il Toullier, t. 3, n. 595 sostiene che posso stipulare in favore del mio campo A una servitù di passaggio sul campo C appartenente a Tizio, sebbene esista fra essi il campo B appartenente a Mevio, se, facendo un giro, il passaggio sul campo C può essere utile al campo A.

Quinto. — Le servitù non istabiliscono alcuna preminenza di un fondo sull' altro, dice l' art. 560: « Ciò che diminuisce molto, osservò all' uopo il Tribuno Gillet (in Locré 4, » p. 193, n. 5) è la soppressione della massa mostruosa della feudalità, da cui altre volte » era oppressa. Che cosa era in fatti il regime feudale, se non l'arte di fare della proprie-

poste dalle legge, o dalle convenzioni fra' proprietarj.

» tà fondiaria, un istrumento di servaggio? Si leggono ancora presso gli antichi giure- » consulti lunghe dissertazioni, per modo che i doveri feudali facevan parte delle servitù » fondiarie. Il progetto à voluto che le servitù fondiarie non potessero esser mai una oc- » casione di riprodurre queste idee proscritte, ed è quello che à dettato nell' art. 638 (560)».—Come conseguenza di questa disposizione, le servitù non impongono obbligazioni personali, art. 607: neanche i servizi degli animali addetti al fondo possono essere considerati sotto l'aspetto di una servitù: non vi si può scorgere che una locazione di opere risultante da una convenzione accessoria ad un' altra, ed i cui effetti sono regolati dagli art. 1625 e seg. Pardessus, n. 19 e 20; Toullier t. 3, n. 582 e 583.

Sesto.—Se le servitù prediali sieno o pur no *divisibili*, è stata una grave controversia tra gl' interpetri del dritto romano. Sotto l' impero del codice, Pardessus, n. 22 e seg. sostiene che l'indivisibilità non è un carattere essenziale della servitù, poichè un gran numero di servitù può esser diviso, non solamente per conseguenza ed all'occasione di una divisione di fondi, a profitto de' quali esse esistessero, ma per loro stesse, e come oggetti naturalmente suscettibili di divisione; donde conchiude che la servitù è, come ogni altro dritto, divisibile, o indivisibile, secondo che il fatto che la costituisce è suscettibile o no di divisione. Duranton t. 5, n. 466 e seg. sostiene la massima della indivisibilità; ma Favard nel suo repertorio, v. *servitude* osserva ragionevolmente, che nulla avendo il codice stabilito su tale quistione, conviene rimettersi a' canoni da esso fissati negli articoli 1170 e seg. sulla natura delle obbligazioni divisibili ed indivisibili. La teorica della divisibilità e indivisibilità delle obbligazioni è difficile per se stessa e si rende quasi inintelligibile, come à dottamente dimostrato Toullier, il quale ne' numeri 684 e seg. del vol. 6 prende occasione a discorrere della divisibilità o indivisibilità delle servitù prediali, secondo che il fatto che le costituisce è o no suscettibile di divisione.

III. Conosciuti i caratteri essenziali della servitù, è facile comprenderne la natura.

Essendo ogni servitù necessariamente costituita sul fondo altrui, si chiama *dominante* il fondo per uso o utilità del quale essa esiste; e *serviente* quello ch'è soggetto a qualche peso in vantaggio del fondo dominante. Questa dottrinale distinzione è riconosciuta dagli art. 621 e 626.

La servitù, da parte di colui al quale è dovuta, consiste nel dritto di usare della cosa altrui, ovvero d'impedire ch'egli non vi faccia qualche cosa, conformemente alla specie di servitù che vi gode. Domat lib. 1, tit. XII, sez. 5, n. 1; art. 617 e seg.

La servitù da parte di colui che la deve, ossia del proprietario del fondo *serviente* consiste nel *soffrire* o a *non fare*. Questa proposizione stabilita dalla l. 15, § 1. ff. *de servitut.*, insegnata come assioma da tutti gli autori, è consacrata dagl i art. 618, 619 e 620 insieme combinati. Dal che segue che non siavi alcuna servitù, la quale possa obbligare il proprietario del fondo serviente *a farvi qualche cosa*, perciocchè essendo obbligato il fondo e non la persona, il proprietario del fondo dominante è quegli che deve fare tutte le opere necessarie per esercitare il suo dritto di servitù, art. 618—Garnier e Pardessus restringono questo principio alle servitù convenzionali, ma sono stati vittoriosamente confutato da Toullier, t. XI, n. 327. Vedi la pag. 195, n. 11.

« Non bisogna credere col maggior numero degl' interpetri del dritto, dice Garan-de- » Coulon autore dell' articolo *servitude* nel repertorio di Merlin, § 13, che la servitù *one- » ris ferendi* sia stata un'eccezione a questa regola. Era in vero di uso lo stipulare in » questa servitù, che il vicino sarebbe obbligato di ricostruire e di mantenere il muro » o il pilastro che sosteneva qualche parte dell'edificio vicino; ma era questo l'effetto, » non già del dritto di servitù in generale, ma di una stipulazione particolare aggiunta » al dritto di servitù. Anche Aquilio Gallo, uno de' più celebri giureconsulti romani, pre- » tendeva che questa stipulazione fosse contraria alla natura della servitù. Gli altri giu- » reconsulti si contentavano di dire che il vicino poteva liberarsi da un tal dovere, ab- » bandonando il fondo sul quale il muro o la colonna che sosteneva l' edificio vicino, era » situato; ed in ogni caso, il proprietario del fondo dominante non ne poteva domandare » il ristabilimento coll'azione reale *confessoria servitutis*, ma solamente in virtù dell' e- » quità, *imploratione officii judicis.*», V. la nota 2, pag. 213.

Oggi la decisione di Ulpiano nella l. 6, § 2, ff. *si servitus vindic.* dev'essere seguita, poichè quantunque non sia della natura della servitù che il proprietario del fondo serviente sia tenuto a fare, pure la convenzione in forza della quale può esser tenuto a fare qualche opera dev'essere rispettata: ben vero può il proprietario del fondo serviente liberarsi da questa obbligazione, abbandonando il fondo, art. 620. Maleville sugli art 687 e 698 cod. franc. Toullier, t. 3, n. 663. Pardessus n. 69. Duranton t. 5, n. 464.

IV. Per dritto romano la causa della servitù dovea essere *perpetua*, per la ragione che

CAPITOLO I.

Delle servitù che derivano dalla situazione de' luoghi.

562. I fondi inferiori sono soggetti, per riguardo a quelli che si trovano

---

ogni servitù è necessariamente stabilita nell'intenzione che possa il vicino usarne sempre che gli piaccia: se la causa fosse soltanto temporanea, è evidente che non vi sarebbe servitù. Quindi, p. e., vi è servitù allorchè io accordo a taluno il dritto di attignere acqua dal mio pozzo o dalla mia sorgente, perchè entrambi sono perenni; ma non già quando trattisi di una cisterna che si dissecca ordinariamente ove non sia alimentata dalla caduta delle acque piovane. La l. 28, ff. *de serv. praed. urban.*; ci offre una specie sulla quale, agitata la quistione se vi sia servitù, allorchè accordo al mio vicino il dritto di fare un buco nel basso del mio muro per lavare il pavimento del suo cortile, il giureconsulto risponde di no, perchè l'acqua corrente da questo buco non è che un'acqua piovana il cui effetto è intermittente.

Per dritto novissimo la perpetuità della causa, come la intendevano i romani, non è che della natura delle servitù, e non della loro essenza; è una circostanza la quale à luogo più comunemente, ma che non è indispensabile. Presso di noi quindi non avvi alcun dubbio di potersi validamente stabilire la servitù di attignere acqua da una cisterna, o da uno stagno che non fosse alimentato da sorgenti o da un ruscello. Pardessus, n. 5. Delvincourt lib. 2, tit. 4, nota 127. Duranton t. 5, n. 458 a 461. Troplong *de la prescription*, n. 148.

V. Non sono da confondersi con le servitù, le proprietà sotterranee e le superficiali, e le proprietà indivise. Ed in vero le opere superficiali o sotterranee si possono da un terzo acquistare sul suolo altrui, conformemente all'art. 477, e costituiscono una vera proprietà: una latrina, un aquidotto, una loggia sono una cosa corporale, perchè sono realmente una parte del fondo; *portio aliqua fundi*, dice la l. 60 ff. de V. S — Per l'opposto una servitù è di sua natura una cosa *incorporale*. Essa è uno smembramento del dritto di proprietà, e non già una parte del fondo. Del pari non sono da confondersi le servitù con i dritti di condominio su le cose che rimangono indivise per la loro natura o per la loro destinazione, come il corritojo d'ingresso, i cortili, i pozzi, le latrine comuni a' differenti piani di una casa, o anche di due case. Imperciocchè le servitù non possono stabilirsi che sul fondo altrui, mentre i corritoj d'ingresso, il cortile, il pozzo comune a' diversi piani di una casa o pure di due case, non appartengono ad uno de' proprietari come una proprietà particolare, e su la quale gli altri abbiano un dritto di servitù; ma è una proprietà comune a tutti, e della quale niuno de' compadroni può per la sua natura provocare la divisione o l'incanto. La diversità di questi dritti da quelli di servitù è feconda di gravi conseguenze:

1.° La proprietà superficiale e la proprietà comune si acquistano ne' modi indicati dall'art. 633, mentre le servitù si acquistano coerentemente agli art. 611, 612 e 613.

2.° La servitù consiste nel soffrire o a non fare: la proprietà comune impone a ciascuno de' compadroni di concorrere alle riparazioni ed alle spese.

3.° Non può farsi verun cangiamento su cose comuni senza il consenso di tutt'i compadroni, l. 28, ff. *comm. divid.*; e per l'opposto il proprietario del fondo serviente può cangiare lo stato de' luoghi, art. 622. Vedi Toullier t. 3, n. 469 bis. Pardessus, n. 7 e 8. Duranton, t. 5, n. 148 e 149.

II.

Delle differenti specie di servitù in generale.

Devesi considerare principalmente nelle servitù, il loro fondamento, il loro oggetto, la durata del loro effetto, la loro apparenza esteriore, e la natura del fondo pel quale sono stabilite. Questi diversi rapporti indicano cinque divisioni principali delle servitù prediali.

Primo. Quanto al loro fondamento, le servitù possono essere stabilite dal solo dritto tanto naturale che civile, o solamente dalle convenzioni o da altri atti del fatto de' particolari. Nel primo caso, esse sono *legali* e spessissimo necessarie, perchè derivano dalla situazione de' luoghi o dalle obbligazioni imposte dalla legge; e nel secondo si denomina-

più elevati, a ricever le acque che ne scolano naturalmente senza che vi sia concorsa l'opera dell'uomo.

no *contrattuali*, perchè sono stabilite ordinariamente (*) per effetto di convenzioni: articolo 561. V. la nota 1, pag. 227.

Secondo. Quanto al loro oggetto, si distinguono le servitù in *affermative* ed in *negative*. Sono *affermative* quelle in virtù delle quali il proprietario del fondo è tenuto di soffrirvi certe cose, come la servitù di prospetto, di passaggio, di attinger l'acqua ec. Le servitù *negative* sono quelle che obbligano solamente il proprietario del fondo serviente a non farvi qualche cosa, come la servitù di non poter alzare, o di non fabbricare al di là di una determinata altezza. Siffatta distinzione nell'antica giurisprudenza risguardava principalmente la prescrizione, e quantunque il codice non fa risultare da tal distinzione regole o principi particolari, pure tali regole possono avere ancora qualche applicazione, poichè le servitù *affermative* quando sono continue ed apparanti si possono acquistare per titolo, per prescrizione e per destinazione del padre di famiglia, art. 611 e 614; e per contrario le *negative*, soltanto per mezzo del titolo, art. 612. V. Pardessus, n. 31 e 285.

Terzo. Quanto alla loro apparenza esteriore, v'à delle servitù che si manifestano con opere esteriori, e che attestano di una maniera visibile l'esistenza della servitù: sono queste servitù *apparenti*, dette anche *visibili*. Vi sono delle servitù che non ànno alcun carattere di apparenza esterna: sono queste le servitù *non apparenti*, dette anche *occulte* o *invisibili*: art. 610.

Quarto. Quanto alla durata del loro effetto, le servitù sono *continue* o *discontinue*. Sono continue quelle il cui uso è, e può esser continuato, senza aver bisogno del fatto naturale dell'uomo: le *discontinue* ànno bisogno del fatto attuale dell'uomo per esser esercitate: art. 609. V. la nota 1, pag. 226.

La classificazione delle servitù in continue e discontinue, apparenti e non apparenti, non consiste in semplice differenza di parole. Esse sono la base di tutto il sistema di legislazione, intorno all'acquisto e l'estinzione delle servitù: art. 611 e 612.

Quinto. Quanto alla natura del fondo pel quale sono stabilite, alcune servitù sono dovute alle case ed agli altri edifizi, ed altre sono dovute a' terreni. Le prime in dritto chiamansi servitù *urbane*, e le altre servitù *rustiche*, art. 608. Le principali servitù urbane enunciate nel corpo del dritto, sono indicate nella nota 1, pag. 225.—Questa distinzione di servitù urbane e rustiche che altra volta si riguardava come importantissima, oggi è di nessun uso nella pratica, perchè non esiste alcuna differenza relativamente al modo di acquistarle o di perderle.

Qui è da notarsi che le differenti specie di servitù, alcune ànno luogo sul suolo, e le altre sulla superficie: *servitutes praediorum aliae in solo, aliae in superficie consistunt*, dice il giureconsulto Paolo nella l. 3, ff. *de servitut.* Domat lib. 1, tit. XII, sez. 1, num. 4; e molti interpetri del dritto romano pretendono che le servitù urbane sono dovute alla superficie, e le servitù rustiche sono quelle dovute al fondo—Ma osserva giudiziosamente Garan-de-Coulon autore dell'art. *servitude* nel repert. di Merlin, § 5, di non esser vero che tutte le servitù urbane sieno superficiali, quantunque sieno tutte relative ad edifizi. Quelle di una latrina o di uno smaltitojo, gravano certissimamente sul suolo; e vi sono talune servitù di campagna, al contrario, che gravano unicamente la superficie. Dunque val meglio dire, come il nome a sufficienza lo addita, che le servitù *superficiali* sono quelle che non ànno rapporto se non alla superficie, e che possono essere imposte unicamente da colui che à dritto alla superficie; e che le servitù del suolo sono quelle che gravano il fondo istesso, e che non possono essere imposte se non dal possessore del fondo, allorchè il suolo e la superficie non sono nella stessa mano. Vedi Pardessus, n. 49.

III.

Delle cose sulle quali possonsi stabilire servitù.

Possono gravarsi di servitù i *fondi*, art. 559. Con quest'ultima parola non s'intende in dritto che gl'immobili. *Fundi appellatione*, dice la l. 211 ff. de verb. signif., *omne aedificium et omnis ager continetur; sed in usu urbana aedificia, aedes rustica, villae dicuntur. Locus vero sine aedificio, in urbe* AREA; *rure autem* AGER *appellatur. Idemque ager cum aedificio* FUNDUS *dicitur*. Junge le leg. 60 e 115 eod.

(*) Diciamo ordinariamente, poichè le servitù possono anche essere stabilite con testamento; § ult. *Inst. de servitut.*; l. 3, 6 e 29 princ. ff. *de usufructu*; l. 16. ff. *com. praed.*, l. 31, ff. *de servit. praed. urban.*

Il proprietario inferiore non può alzare alcun riparo che impedisca questo scolo.

Non può quindi una servitù esser gravata da un'altra, *servitus servitutis esse non potest*, l. 1 ff. *de usu et usuf. leg.*, poichè la servitù non è un fondo, ma un dritto incorporale. Ciò non esclude però che la servitù può servire all'uso di due o più fondi, così che un acquidotto di acqua può servire a due case, un passaggio o un acquidotto può servire per più fondi, l. 15 ff. *com. praed.* È permesso quindi di accordare sopra un fondo una servitù oltre di quella già esistente: colui che à dritto alla prima non può opporsi all'esercizio della seconda, salvo il caso in cui si nuoceranno rispettivamente, poichè allora il dritto del primo concessionario dev'esser preferito; l. 14 ff. *de ser. praed. rustic.* Pardessus, n. 48. Toullier t. 3, n. 572.

II. Non è necessario che l'immobile sul quale accordasi la servitù sia esistente nel momento del contratto, come si è osservato precedentemente: vedi il n. III, pag. 188 e 189.

III. I beni che appartengono allo stato, a' stabilimenti pubblici o a' comuni possono essere gravati di servitù? È questa una grave controversia tra i dottori. Delvincourt lib. 2, tit. 4, nota 1 fa una distinzione: possono acquistarsi servitù sulle parti del demanio pubblico le quali sono suscettibili di diventare proprietà privata, ma non sulle altre. Non già, egli dice, che non si possono avere anche sulle parti del demanio pubblico non suscettibili di proprietà privata, de' dritti simili alle servitù, come quelli di passare e di avere finestre sulle strade e sentieri mantenuti dallo stato; ma propriamente parlando tali dritti non sono delle servitù, altro non essendo che i risultamenti della destinazione data a siffatti oggetti dall'autorità pubblica. Pardessus n. 34 e seg. sviluppando questa dottrina entra ad esaminare quali sieno le parti del demanio pubblico non suscettibili di privata autorità, e sostiene che gli oggetti indicati negli art. 463 e 465 formano il demanio pubblico non suscettivo di privata proprietà. Toullier t. 3, n. 474 a 483 per lo contrario sostiene fortemente che il demanio pubblico in generale ed il demanio municipale sono suscettivi di servitù come le proprietà private, poichè non vi è legge che proibisca di gravarsi i beni che li compongono di servitù compatibili con gli usi cui sono destinati.

Qui però è da riflettersi che la quistione in esame debbe considerarsi sotto il punto di veduta, se la servitù sopra i beni demaniali possa acquistarsi con la prescrizione. Dappoichè se la servitù deriva da un titolo legittimo stipulato con la pubblica amministrazione, non può esserci quistione che la servitù è validamente acquistata. La costituzione di servitù essendo un'alienazione, si comprende facilmente che il titolo dev'essere rivestito di tutt'i solenni richiesti per l'alienazione de'beni demaniali o pubblici: vedi le note, p. 136 e 138.

Ma esaminata la quistione nel senso, se su le cose del demanio pubblico insuscettibili di esser possedute a titolo di privata proprietà possano acquistarsi delle servitù con la prescrizione, pare di doversi risolvere negativamente, perciocchè se per l'art. 2132 non si può prescrivere il dominio delle cose che non sono in commercio, non deve dipendere da un individuo di crearsi su di una cosa pubblica de' dritti che ne impediscono l'uso e ne limitano il godimento. L'uso pubblico alla quale è destinata, la mette fuori commercio, e che è una cosa fuori commercio, se non una cosa che non è suscettibile di privata proprietà? Bene adunque il signor Troplong *de la prescription*, n. 150 disconviene anch'egli con Toullier, il quale sostiene che con la prescrizione si possono acquistare nel mare, nelle riviere, e nelle cose del demanio pubblico in generale de' dritti paragonabili alle servitù, e che ne ànno tutt'i caratteri. Trattandosi di cose fuori commercio, nè per tolleranza dell'autorità, nè per qualunque tempo può acquistarvisi dritto.

Questa verità presso di noi è rafforzata dal decreto de' 30 novembre 1819, il quale dichiara che le rive del mare non possono essere gravate senza una concessione. Ecco le parole di questo decreto.

« Veduto il reale rescritto de' 27 gennajo 1816 diretto all'intendente di Principato citeriore, ne' seguenti termini. Sua Maestà nel consiglio de' 19 del corrente à risoluto sul » parere della G. Corte de' conti, la quistione elevata dal marchese di Camerota in ordine » alla tonnaja di Linfreschi, di cui trattava il vostro rapporto de' 25 di settembre ultimo. » La Maestà Sua à considerato che la pesca del tonno in alcuni siti del mare, ch'è di uso » comune, non ha verun carattere di privative che sono state abolite, *e che essa non* » *può essere che il risultamento di un dritto accordato dal Sovrano*. In conseguenza la » Maestà Sua à ordinato che il marchese di Camerota non sia turbato nell'esercizio del » dritto acquistato per antica concessione di calare le tonnaje nel sito di Linfreschi. Ve lo » partecipo per la pronta esecuzione che ne risulta.

» Veduto il reale rescritto uniforme, diretto colla stessa data al procurator generale

Il proprietario superiore non può fare alcuna cosa che renda più grave la servitù del fondo inferiore (1).

» presso la Gran Corte de'conti ne' seguenti termini. Ho proposto al Re il parere di cotesta Gran Corte, espresso in suo rapporto de' 16 novembre ultimo, in ordine all'esercizio del dritto delle tonnaje. Sua Maestà nel consiglio de' 19 del corrente si è degnata di uniformarvisi, ed io in conseguenza ò dato le corrispondenti disposizioni all'intendente della provincia di Principato citeriore, presso di cui la quistione era stata promossa.

» Veduto l'avviso della Gran Corte de'conti sulla interpetrazione da darsi a' detti rescritti.

» Veduto l'art. 8 della legge de' 24 marzo 1817.

» Abbiamo risoluto di decretare e decretiamo quanto segue.

» Art. 1. Le sovrane risoluzioni contenute ne' sopra enunciati rescritti saranno osservate ed eseguite come nostri decreti.

« Art. 2. Il nostro seg. di stato ec. ».

Qui però è da osservarsi che sonovi delle servitù naturali alle quali i luoghi pubblici sono di pieno dritto sottoposti. Tali sono il passaggio, le vedute sulle strade, lo scolo delle acque che ànno luogo sulle strade. Ma propriamente parlando queste non sono delle servitù, poichè tali dritti altri non sono che i risultamenti della destinazione data a siffatti oggetti dall'autorità pubblica. *Loca enim pubblica*, dice Ulpiano, *utique privatarum usibus deserviunt, jure scilicet civitatis, non quasi propria cujusque*, l. 2, §. 2, ff. *ne quid de loco pubblico.* Ma l' autorità pubblica restringe qualche volta questi dritti in certi limiti, e può anche proibirli. Sonovi per esempio, giardini pubblici dove anche i proprietari delle case vicine non ànno dritto di aprire un passaggio o vedute senza uno speciale permesso dell'autorità amministrativa. Bisogna a tal riguardo seguir le leggi di polizia di ciascun luogo. La bellezza della città di Napoli à fatto con decreto de' 22 marzo 18 39 stabilire un consiglio edilizio da cui debbono i particolari dipendere nella esecuzione per le opere ne' loro edifizi posti a fronte, o a confine delle pubbliche strade.

Quando è cessata la pubblica destinazione, ed il governo à concesso ad alcuni privati il terreno delle strade e delle piazze, possono forse i concessionari chiedere la soppressione delle finestre o luci, ed impedire il passaggio di cui godeano dapprima i cittadini? Pardessus, n. 41 insegna l'affermativa, e Toullier t. 3, n. 482 e Delvincourt lib. 2, tit. 4, nota 1, la negativa. È preferibile quest'ultima opinione, la quale prende argomento dall'art. 615, poggia sopra una manifesta equità, ed una specie di tacita convenzione fra i privati e la pubblica autorità: aveano essi basato i loro dritti sopra uno stato di cose patenti, e che àn dovuto credere permanete; l'avvenimento posteriore non può privarneli.

IV. Le case religiose, le piazze da guerra e gli edifici di regio uso non sono soggette alla servitù di prospetto. Vedi la nota 1, pag. 204 e 205.

(1) I. Il codice prevede tre specie di servitù o diritti su le acque: 1.° La servitù pe'fondi inferiori di ricevere *le acque che scorrono naturalmente da' fondi superiori*; 2.° *Il dritto di colui che à una sorgente nel suo fondo*; 3.° *Il dritto di colui la cui acqua circonda o attraversa il fondo*. La prima di queste tre specie di servitù forma oggetto dell'art. 562.

1.° I proprietari de'fondi inferiori sono sottoposti a ricevere le acque che scolano da'fondi superiori. Anche quando recassero le acque nocumento a'fondi inferiori, non avrebbero i proprietari de' medesimi alcun dritto a' danni-interessi, niuno potendo essere risponsabile degli effetti della natura; l. 1 e 3 *de aq. et aq. pluv. arc.*: Pardessus, n. 82, Paillet sul l'art. 640 cod. franc.—Nondimeno Delvincourt lib. 2. tit. 4, nota 9 opina che i Tribunali per argomento dell'art. 567 potrebbero ordinare che lo scolo delle acque sia diviso su più punti, se il danno che ne risentisse il proprietario del fondo inferiore fosse molto considerevole.

2.° Vi sono due sorte di acqua. Le une sorgono dal seno della terra, e la loro esistenza continua quando anche abbiano un corso esterno; come quelle de' fiumi, delle riviere, dei ruscelli, delle fontane, de' pozzi; l. 1, §. 2, ff. *de flum.* Le altre cadono sulla terra per effetto particolare della temperatura dell'aria, come le piogge e le acque provegnenti dallo scioglimento delle nevi e de' ghiacci, l. 1, in princ. ff. *de aq. et aq. pluv. arc.*; l. 1, §. 4 *de font.*

L'obbligazione de' proprietari inferiori non à luogo che riguardo alle acque che scolano *naturalmente senza che vi sia concorsa l'opera dell' uomo.* Le acque quindi che derivano sia da sorgente, sia da piogge direttamente cadute su di un fondo od anche pervenute per l'effetto di una disposizione naturale de' luoghi, sono le sole alle quali possa applicarsi cotale disposizione di legge. Colui quindi che facesse uso nel suo fondo delle acque attinte da un pozzo, da un serbatojo non potrebbe poscia lasciarle scorrere su' fondi inferori, come anche nol potrebbe quando si servisse delle acque piovane per le frequenti ir-

563. Quegli che ha una sorgente nel suo fondo, può usarne ad arbitrio;

rigazioni di un fondo, in modo che ne rendono più grave la caduta: art. 602. Pardessus n. 82; Delvincourt. lib. 2, tit. 4 nota 9; Duranton t. 5, n. 154.

3.° La legge impone un obbligo e non conferisce alcun dritto al proprietario del fondo inferiore, il quale non potrebbe reclamare le acque piovane ed altre simili che ritenesse il proprietario del fondo superiore. Nè potrebbe reclamare che trovasi di aver fatto delle opere per animare macchine o inaffiare le piante, o di averne goduto per molto tempo. Imperciocchè le acque riunite nel fondo superiore ne sono l'accessorio: se al proprietario non le à ritenute per l'innanzi, si deve supporre che l'erano inutili: egli non ha fatto che usare di una pura facoltà, ed era una tolleranza da sua parte che ne lasciasse godere al proprietario inferiore: per l'art. 2138 gli atti meramente facoltativi e di semplice tolleranza non possono stabilire nè possesso nè prescrizione: Pardessus, n. 79; Delvincourt lib. 2. tit. 4, nota 9; Duranton t. 5, n. 157 a 160—La prescrizione però che per l'art. 563 è un mezzo di acquistare un dritto sulle acque deve riunire ancora delle condizioni particolari che determina l'art. 564: vedi la nota 1, pag. 197.

4.° Quando per un effetto naturale, il corso dell'acqua abbandona la sua antica direzione e ne prende una nuova, cessa la servitù del fondo inferiore; ma non è estinta in modo assoluto. Imperciocchè qualora riprenda l'acqua il primitivo suo corso, essa risorge per un necessario effetto dello stato de' luoghi. Non avverrebbe lo stesso laddove derivasse il cangiamento dal fatto del proprietario superiore. Se quest'ultimo avesse cessato durante il tempo necessario onde prescrivere, di dare alle acque il loro antico scolo, non farebbe il ristabilimento delle cose nel loro stato primitivo rivivere la servitù un tempo imposta sul fondo inferiore; l. 34 ff. *de servit. proed. rust.* Paillet su l'art. 640 cod. franc.

5.° Qualora fossero le acque piovane ritenute sul fondo superiore con una diga, e questa venisse ad esser distrutta, potrebbe forse il proprietario del fondo inferiore richiedere che quello del fondo superiore ritenesse benanche le acque? La legge 4, §. 2 ff. *de aq. pluv. arc.* decide la negativa, ma la l. 2, §. 5 soggiunge che se il proprietario del fondo inferiore offra ristabilir la diga a sue spese, non può negarvisi il proprietario del fondo superiore, meno che non provi che la medesima non gli arrechi nocumento. Tanto altresì insegna Duranton t. 5, n. 161.

6.° Il modo di aprire le comunicazioni fra le pubbliche strade ed i fondi che le fiancheggiano, ad oggetto di lasciar libero lo scolo delle acque pe' fossati sottoposti, è determinato dal decreto de' 25 luglio 1826, che contiene le seguenti disposizioni.

» Art. 1. Le comunicazioni fra le pubbliche strade ed i fondi che le fiancheggiano non » altrimenti potranno aprirsi, che o stabilmente per mezzo di piccoli ponti di fabbrica, o » momentaneamente pe' bisogni di breve durata con piccoli ponti di legno, perchè sempre » rimanga libero lo scolo delle acque pe' fossati sottoposti.

» Art. 2. I danni risultanti dalle contravvenzioni alle disposizioni dell'art. precedente, » saranno riputati dalla direzione generale di ponti e strade a spese de' proprietari con» travventori, i quali saranno amministrativamente astretti a farne il rimborso ».

II. Il secondo comma dell'art. in esame impone al proprietario del fondo inferiore di non alzare alcun riparo che impedisca lo scolo delle acque: è questa una conseguenza della obbligazione di soffrire la servitù delle acque. Non può quindi inalzare degli argini che impediscano il corso, e che facciano ritornare addietro sul fondo superiore lo scolo che siffatta situazione gl'impone di soffrire; l. 1, § 13 ff. *de aq. pluv. arc.* E laddove impedisse lo scolo, facendo ritornare le acque sul fondo superiore, sarebbe oltre l'indennità civile, punito a' termini dell'art. 448 delle leg. penali.

Se col decorso del tempo o per qualche caso fortuito, è stato il letto delle acque, il fossato che le riceve colmo in modo da farle trabboccare sul fondo superiore, la l. 2, §. 1 e 6 ff. *de aq. pluv. arc.* decide che il proprietario del fondo superiore, à il dritto di farlo a sue spese, nè à dritto di opporvisi il proprietario del fondo inferiore che deve accordare l'ingresso nel suo fondo. Domat lib. 2, tit. 9, sez. 2, n. 5 approva questa decisione, trovata ragionevole sotto l'impero del codice da Merlin rep. v. *eaux pluviales*, n. 3, da Delvincourt lib. 2, tit. 4, nota 11, da Duranton t. 5, n. 161—Nondimeno Pardessus, n. 92 e Garnier nel suo *regime des eaux* n. 113, sostengono che i proprietari de' fondi inferiori potrebbero essere costretti a farne il nettamento, *ciascuno nella estenzione della sua possessione*, per la ragione che la regola generale, la quale stabilisce che le servitù consistono in tollerare e non in non fare, non può, *secondo i principi della nuova legislazione*, applicarsi se non alle servitù convenzionali; ma Toullier t. XI, n. 327 à dimostrato energicamente la erroneità di questa dottrina, e massime ricordando il principio che appunto perchè l'art. 562 serba silenzio sul punto a conoscersi a carico di chi debbono essere fatte le opere, si rimette alla regola antichissima, comune a tutte le servitù, a quella cioè che tali opere

salvo il diritto che potesse avere acquistato il propietario del fondo inferiore per qualunque titolo, o in forza di prescrizione (1).

---

debbono farsi a spese di colui al quale è dovuta una servitù, e non dal proprietario del fondo serviente, art. 619.

Se uno de'proprietari avesse fatto delle opere nocive al fondo superiore o inferiore, quegli che à sofferto il danno può domandare la demolizione dell'opera pregiudizievole. Ma se l'opera fosse stata fatta pubblicamente, a vista ed a saputa del proproprietario del fondo dominante, il suo silenzio, osserva Toullier t. 3, n. 511 e 674, potrebbe, secondo le circostanze far presumere la sua approvazione e'l suo consenso (argomento della l. 28, ff. *comm. divid.* l. 19 e 20 ff. *de aq. et aq. pluv. arc.*), e ne risulterebbe la estinzione della servitù, salva l'azione d'indennizzazione durante i 30 anni. E ripiglia Duranton t.5, n. 171 a 73, che la legge non determinando il corso del tempo, dopo del quale debbe il suo silenzio riguardarsi quale irrevocabile approvazione, conviene distinguere il caso de'lavori fatti dal proprietario del fondo superiore, da quello de'lavori fatti dal proprietario del fondo inferiore. Nel primo caso non avvi peso naturale, ma una servitù stabilita per fatto dell'uomo, e quindi può prescriversi con 30 anni, durante il quale termine può il proprietario del fondo inferiore, ove non abbia dato una espressa approvazione, domandare di distruggersi i lavori. Nel secondo caso si può pretendere essersi tacitamente rimessa la servitù, quantunque sia cosa più naturale di credere esservi in questo caso servitù sul fondo superiore cui non si può mediante alcuni lavori, applicare il dritto comune; ed anche supponendo esservi rimessione di servitù, bisogna sempre che sia decorso il tempo necessario per prescrivere dopo essersi fatti i lavori: tanto risulta dagli art. 627 e 628.

III. *Il proprietario superiore non può fare alcuna cosa che renda più grave la servitù del fondo inferiore*, dice il terzo comma dell'art. 562. Da queste parole non bisogna conchiudere che il proprietario che trasmette le sue acque al fondo inferiore, non possa niente permettersi sul proprio fondo, e che sia condannato ad abbandonarlo ad una sterilità perpetua, o a non variare giammai la coltivazione, per la ragione che questa coltura o questi lavori apporterrebbero qualche cambiamento al modo come l'acqua scorre. La legge non à avuto questa intenzione: essa à avuto unicamente in mira i lavori che àn per effetto di far cadere sul fondo inferiore le acque che non vi sarebbero cadute con lo scolo naturale; ma non à voluto, nè potuto negare al proprietario superiore il dritto di migliorare e di dirigere lo scolo naturale. Quindi non è impedito di fare delle opere per rendere migliore la coltura del fondo, come far de'solchi con l'aratro per la semina, o de'lavori si per cogliere i frutti che per cangiare il modo di coltura del fondo; l. 1, § 3, 4, 7, 8 e 9; e l. 3, § 2, ff. *de aqua et aq. pluv. arc.* Pardessus, n. 83 e 86. Toullier t. 3, n. 509. Paillet sull'art. 640 cod. fran.: Duranton t.5, n. 165—In una parola i tribunali debbono conciliare l'interesse dell'agricoltura col principio di equità che non permette far uso del proprio dritto, senza essere utile a se, e di una maniera nocevole agli altri. Che anzi si possono applicare a coloro che maliziosamente abusassero de'loro dritti gli art. 442 e 448 leg. penali.

Potendo il proprietario del fondo superiore dare allo scolo delle acque i cangiamenti per la coltivazione da lui intrapresa, potrebbe insorgere fra i proprietari de'fondi inferiori la controversia chi di essi debba soffrire lo scolo delle acque. Pardessus, n. 84 e 87 dà le seguenti norme. Se pel tempo della prescrizione le acque sieno scorse sopra uno di questi fondi, ed esiste tuttavia un letto, un punto sensibile e determinato pel passaggio di tali acque su tale fondo, il proprietario di esso, non solo dee astenersi di fare cosa alcuna che le devii sopra un altro, e lasciar sussistere il letto, e il canale che serve allo scolo; ma ancora non è ammessibile a pretendere, che altri poderi erano altra volta, o pure che lo sono attualmente, per declivio e per la disposizione de'luoghi, più naturalmente destinati a ricever le acque. Questa lunga pazienza fa presumere, o che il suo fondo allorchè siffatta direzione fu segnata, era quello che lo stato naturale assoggettava; o che se non lo era, egli o coloro da cui à causa, vi si sono volontariamente sottomessi, e forse ricevendo anche una indennità da que'che avrebbero dovuto esserne gravati; o che in ultimo, vi saranno stati sottoposti dalla destinazione del padre di famiglia. In mancanza di prescrizione o di titoli che risolverebbero anche meglio tutt'i dubbi, i tribunali non ànno egualmente altra traccia a seguire che di far visitare i luoghi per decidere dopo la loro ispezione, chi de' proprietari vicini è obbligato a ricever le acque.

(1) È principio fondamentale che la proprietà del suolo comprende egualmente la proprietà della superficie, art. 477. Come conseguenza di tal principio sorge la regola stabilita nell' art. 563, che *quegli che à una sorgente nel suo fondo può usarne ad arbitrio*. E di già Ulpiano avea detto *portio agri videtur aqua viva si quid operis in aqua fuisset;* l. 11 ff. *quod vi aut clam*. Nel consiglio di stato di Francia si voleva sulle prime

564. La prescrizione in questo caso non può acquistarsi che col possesso continuo di anni trenta, da computarsi dal momento in cui il proprietario del fondo inferiore ha fatto e terminato de' lavori visibili destinati a facilitare il declivio ed il corso delle acque nel proprio fondo (1).

Le opere visibili sono definite dall'art. 610.

---

sostenere che il proprietario di un fondo in cui si rinvenisse una sorgente, avesse il solo dritto di servirsene qual primo occupante, con l'obbligo però di trasmetterla a' fondi vicini; ma questo sistema non venne ammesso, e si stabilì in vece che il proprietario di una sorgente ne è il padrone assoluto, può conservarla, distruggerla ed anche deviarne il corso. Locré 4, p. 164 e 165, n. 6. Pardessus, n. 76. Toullier t. 3, n. 131, 132 e 133.

Il dritto del proprietario di cangiare il corso naturale della sorgente non può arrecar nocumento a' proprietari vicini: quindi, allorchè essa esce dal fondo in cui è apparsa, debbesi restituire al suo scolo naturale, purchè coloro verso i quali dirigonsi le acque non acconsentano a riceverle. Toullier t. 3, n. 132. Delvincourt lib. 2, tit. 4, nota 28.

Colui sul cui fondo si rinviene la sorgente, n'è il proprietario per dritto di accessione. Ma laddove un altro proprietario scavando abbia scoverto la vena nel suo fondo, e l'abbia tagliata per farla scaturire unicamente nel proprio terreno, il proprietario, sul cui fondo essa precedentemente scaturiva, non può lagnarsene, perchè non avea la sorgente nel suo fondo; l. 21 ff *de aq. aquae pluv. arc.*: Delvincourt lib. 2 tit. 4, nota 16; Paillet sull'art. 641 cod. franc. Chi fa ciò che realmente à il dritto di fare, non commette alcuna colpa; e se ne risulta un danno per altra persona, questo danno è una disgrazia che l'autore del fatto non è tenuto a risarcire. *Nemo damnum facit, nisi qui id facit quod facere jus non habet*, l. 151, ff. de R. J. Ved. la l. 1, § 12, ff. *de aqua et aq. pluv. arc.*

II. La massima stabilita dall'art. in esame soffre tre eccezioni, a'termini di esso medesimo e de' due seguenti: 1.° Quando il proprietario del fondo inferiore avesse acquistato dritto alle acque *per qualunque titolo*: la servitù in tal modo concessa vien regolata dai canoni su le servitù convenzionali, che considerano come titolo anche la destinazione del padre di famiglia: art. 614: 2.° Quando il dritto alle acque è acquistato mediante la prescrizione, il che forma oggetto di disamina nell'art. seguente: 3.° Quando la sorgente somministra l'acqua necessaria agli abitanti di un comune, come dall'art. 565.

(1) Perchè il proprietario del fondo inferiore acquisti mediante la prescrizione di 30 anni il dritto di far uso delle acque della sorgente del fondo superiore, sono dall'art. richieste le seguenti condizioni:

1.° È necessario che il proprietario del fondo inferiore avesse *fatto de' lavori* destinati al declivio delle acque. In mancanza di questi *lavori*, per qualunque tempo avesse goduto pubblicamente e pacificamente il corso delle acque, non sarebbe questa che una mera tolleranza per parte del proprietario del fondo superiore, e che non costituirebbe un dritto; art. 2138: Pardessus, n. 95: Duranton t. 5, n. 179: Delvincourt lib. 2, tit. 4, nota 21.

I lavori debbono esser di tal natura da manifestare la intenzione di acquistare la proprietà, ossia debbono essere permanenti. Gli steccati fatti con legno ed altri oggetti mobili, il nettamento semplice, le riparazioni su' limiti del ruscello o canale, un ponte per traversarlo non sarebbero sufficienti, poichè manifesterebbero piuttosto l'intenzione di evitare gl'inconvenienti attaccati al passaggio delle acque, che di assicurarne il godimento di una maniera permanente. Pardessus, n. 100.

2.° I lavori debbono essere *visibili*, ossia che attestino di una maniera apparente l'esistenza della servitù. Opere apparenti, secondo l'art. 610, sono quelle che si manifestano con opere esteriori. Così de' semplici condotti sotterranei, osserva Pardessus n. 100, praticati sul fondo vicino, anche sino alla sua sorgente non sarebbero sufficienti: il possesso invero non conferisce dritto che quando è pubblico, art. 2135. Ma se i condotti sotterranei si potessero ravvisare pel fondo superiore in modo da renderne patente l'esistenza, i canali o condotti sotterranei sarebbero considerati come bastantemente visibili. Duranton t. 5, n. 180. Vedi il n. III nella pag. seguente.

3.° I lavori debbono essere *fatti e terminati*. Da queste parole dell'art. ne conchiudono Pardessus, n. 100, Delvincourt lib. 2, tit. 4, nota 20, Duranton t. 5, n. 180 che la prescrizione comincia a decorrere dal dì dell'intero compimento de'lavori. Pailliet sull'art. 641 cod. franc. è di opposto sentimento, ed opina che co' termini dalla legge adoperati, à essa unicamente voluto indicare che i lavori principiati e non finiti non fan decorrere la prescrizione; ma che quando sonosi terminati, è d'uopo, onde computare la prescrizione, principiare dal momento in cui sono cominciati, poichè appunto da cotal momento il proprietario del fondo superiore reputasi aver acconsentito. Difficilmente potrebbe seguirsi quest'ultima opinione, poichè basa su di una presunzione che non è nella legge.

4.° I lavori debbono essere fatti dal proprietario del fondo inferiore. Quelli che prati-

565. Il proprietario della sorgente non può deviarne il corso, quando la

casse il proprietario del fondo superiore, anche quando facilitassero il declivio delle acque, potrebbero considerarsi un atto di proprietà, e nel personale interesse. Duranton, t. 5, num. 179.

5.° I lavori debbono avere per oggetto di facilitare la caduta ed il corso dell'acqua nella proprietà di colui che pretende tal dritto. I lavori che non avessero quest'oggetto, non farebbero acquistare alcun dritto al proprietario del fondo inferiore.

II. I termini, *proprietari del fondo inferiore* di cui fan uso gli art. 563 e 564 importano, che il solo proprietario immediatamente inferiore possa mediante lavori acquistare dritto alle acque; o pure si estendono anche a' proprietari inferiori che si trovassero separati da alcuni fondi intermedi al fondo in cui è apparsa la sorgente? Delvincourt lib. 2, tit. 4, nota 19 sostiene che la legge intende parlare de' lavori fatti dal vicino immediato per tre ragioni: 1.° che l'articolo *del* è determinativo, ed indica trattarsi di un solo fondo: 2.° che esigendosi dalla legge che i lavori sieno *visibili*, non possono conoscersi quando siensi fatti in un fondo lontano: 3.° che i lavori dovendo essere destinati a facilitare delle acque *la caduta*, quest'ultima parola indica chiaramente il punto d'onde l'acqua esce dal fondo superiore per entrare nell'inferiore—Pardessus, n. 102 trova con ragione questa interpetrazione troppo grammaticale e poco concludente. Ben si comprende in fatti che l'essere un fondo separato da un altro intermedio non gl'impedisce di essere inferiore, laddove sia tale la sua situazione riguardo a quello in cui esiste la sorgente; e sarebbe cosa iniqua che dopo 40 o 50 anni il proprietario del fondo superiore potesse deviare le acque, ed annientare una fabbrica o un mulino costruito dal proprietario del fondo inferiore, e che avrebbe in suo favore il tempo e la buona fede. È questa anche l'opinione di Favard, rep. v. *servitude*, sez. 2, §. 1, n. 4; e di Duranton t. 5, n. 185 e 186 (*).

Qui fa Pardessus, n. 103 osservare, che i dritti che da un proprietario inferiore acquistar possonsi, non fanno acquistarne alcuno a quelli che sono intermedi fra lui e'l proprietario della sorgente, a meno che non abbiano essi medesimi alcuni diritti poggiativi sopra un titolo o una legale prescrizione.

III. È una quistione vivamente controversa, se fosse cosa indifferente che i lavori fossero fatti sul fondo superiore o sul fondo inferiore. Questa quistione fu di proposito esaminata nel Tribunato di Francia, e perchè prevalse l'opinione di coloro i quali sostenevano che per acquistare la prescrizione basta che i lavori sieno fatti sul fondo medesimo di colui che vuole prescrivere, si sostituì nella redazione dell'art. in esame la parola *visibili* a quella di *esteriori* di cui faceva uso il progetto: Locré 4, p. 173, e 174, n. 3. Invocando il testo della legge e la discussione del Tribunato, Pardessus, n. 100, Delvincourt lib. 2, tit. 4, nota 19, Favard rep. v. *servitude*, sez. 2, §. n. 2, sostengono che si possa acquistare la prescrizione con lavori fatti sull'uno e sull'altro fondo; ma Duranton, t. 5, n. 181, Henrion de Pansey, *de la competence des juges de paix*, cap. 26, Dubreuil, *analyse de la legislation sur les eaux* p. 92, insistono sulla necessità di esistere alcuni lavori sul fondo superiore, e questa dottrina era stata di già ritenuta in un considerando di un arresto della cass. di Parigi de' 25 agosto 1812, in Sirey 1, p. 350. Toullier avea sostenuto nella prima edizione questa opinione, che abbandonò nella 3, t. 3, n. 635; ma nella quarta edizione in una nota riviene sulla prima opinione, e dichiara che l'autorità del tribunato l'avea illuso. La cassazione di Parigi à nel 1825 profferito un giudicato da cui risulta che non solo bisogna che sieno i lavori fatti sul fondo superiore, ma che lo sieno benanche nell'interesse del fondo inferiore: Dalloz *rec. per.* 1825—1—356; e con arresto de' 5 luglio 1837 à deciso che le opere debbono essere fatte sul *fondo superiore*

IV. Il tempo valevole ad acquistare la prescrizione di cui qui è parola può dal giudice stabilirsi per mezzo della pruova testimoniale; e molto più se per mezzo di periti rileva segni permanenti che indicano l'esercizio della servitù. Arresto della Corte Suprema di Napoli de' 14 gennajo 1826. (Volpicelli e Cassetta).

V. Volendo il proprietario della sorgente impedire la prescrizione, non è necessario che devii il corso dell'acqua, ma basta che prima di decorrere i 30 anni dal dì in cui i lavori

(*) Duranton t. 5, n. 185 nell'adottare il sentimento di Favard e di Pardessus aggiunge che il proprietario che acquista il dritto alle acque deve ottenere dal proprietario del fondo intermediario l'autorizzazione necessaria. Ciò non sembra esatto. In primo luogo Duranton sostenendo nel n.456, t. 5, che quando due predii sono separati da un altro non si può acquistare servitù (v. la nota alla pag. 189 n. IV.) non è conseguente a se medesimo adottando l'opinione del Pardessus, perciocchè il proprietario del fondo non mediatamente inferiore non può aquistare dritto alle acque, che *jure servitutis*. In secondo luogo il proprietario del fondo che separa i due fondi essendo obbligato di ricevere l'acqua che scaturisce dal fondo superiore, per sua parte vi è una servitù passiva e quindi non à dritto ad impedire il passaggio delle acque, o fare de' cambiamenti che impedirebbero la prescrizione.

medesima somministri agli abitanti di un comune, villaggio o borgo (1), l'acqua (2), che è loro necessaria (3): ma se gli abitanti non ne hanno acquistato o prescritto (4) l'uso, il proprietario può pretendere una indennità (5) da determinarsi per mezzo di periti. V. l'art. 470.

566. Quegli, lungo il cui fondo scorre un'acqua corrente, tranne quella che è dichiarata di ragione del pubblico demanio nell'articolo 463 (6), può servirsene, mentre scorre, per la irrigazione de' suoi fondi. V. l'art. 4 della leg. de' 21 marzo 1817.

Quegli il cui fondo viene attraversato da quest'acqua, può anche servirsene nell'intervallo in cui vi trascorre: ma quando questa ne esce, ha l'obbligo di restituirla al suo corso ordinario (7).

---

sono terminati, intimi un atto al proprietario del fondo inferiore, dichiarandogli ch'è sua volontà di conservare la proprietà delle acque, e che i lavori eseguiti non fanno acquistare alcun dritto: questa intimazione rinnovata ogni 29 anni, impedirà la prescrizione: arg. dell'art. 2150. Pardessus, n. 100. Delvincourt, lib. 2, tit. 4, nota 21.

VI. L'effetto della prescrizione acquistata, impedisce al proprietario della sorgente di cambiarne il corso, ma non già d'impiegare le acque a tutt'i suoi bisogni. Pardessus, n. 101 Favard rep. v. *servitude*, sez. 2, §. 1, n. 3.

(1) Ben si comprende che alcuni privati i quali piatiscono isolatamente, invocar non possono il diritto dall'art. concesso al corpo di comunità. Decisione della Corte di Colmar de'5 maggio 1809 in Dalloz, v. *servitude*, sez. 2, art. 1, §. 2. Duranton t. 5. n. 187.

(2) Sembra l'art. parlar soltanto delle acque che ànno un corso, poichè impone questa servitù al proprietario della sorgente. Nonpertanto generalmente riconoscesi che si applica altresì a fontane, paludi, stagni, cisterne, abbeveratoio, il cui uso fosse necessario agli abitanti: arg. degli art. 470 e 567. Pardessus, n. 138: Delvincourt lib. 2, tit. 4, nota 23: Toullier t. 3 n. 134. Favard, rep. v. *servitude*, sez. 11. n. 8: Duranton, t. 5, n. 191.

(3) *Necessaria*. È notevole che la sola *necessità* può costringere il proprietario della sorgente a somministrare le acque agli abitanti di un comune o villaggio: laddove fosse soltanto loro utile, non potrebbero prevalersi dell'art. in esame: Pardessus, n. 138; Toullier t. 3, n. 134; Favard, rep. v. *servitude*, sez. 1, n. 8—Secondo i citati scrittori spetta a'tribunali di decidere se l'acqua reclamata dagli abitanti sia loro necessaria; Pailliet sull'art. 643 cod. franc. opina spettare alle attribuzioni dell'autorità amministrativa. Sembra preferibile la opinione di Pailliet, perciocchè in una contestazione sull'uso delle acque necessarie agli abitanti di un comune, essendo interessata l'amministrazione pubblica, la competenza dev'essere delle autorità del contenzioso amministrativo: vedi la nota alla pag. 201.

(4) Il godimento di 30 anni non à bisogno di essere accompagnato da opere visibili, come nel caso preveduto dall'art. precedente, perchè la prescrizione di cui qui si tratta non è richiesta per acquistare il dritto di usare delle acque, ma per esser dispensato dal pagare l'indennità al proprietario della sorgente. Pardessus, n. 138. Delvincourt lib. 2, tit. 4, nota 25. Duranton t. 5, n. 189.

(5) Questa indennità non dev'esser basata su de' vantaggi che il comune potrà ritrarre dall'uso delle acque, ma sul danno che soffre il proprietario che cessa di averne la libera ed intera disposizione. Pardessus, n. 138.

(6) Per la ragione che le acque appartenenti al pubblico demanio, essendo oggetti di pubblica amministrazione, alla sola autorità amministrativa appartiene il provvedere a quanto possa aver riguardo all'utile generale: art. 4, 6 e 7 della legge de' 21 marzo 1817. Così in Napoli le acque della Polla e del Carmignano scorrono mediante degli aquidotti sopra varii fondi, ed è proibito di potersene servire. Prammat. 1 *de aquis et acquaeduc*.

(7) Questo articolo determina l'uso delle acque correnti permesso a coloro che non ne ànno acquistato il dritto. La sua disposizione non si applica alle acque che non ànno alcun corso, e neppure risguarda le acque piovane, le quali sia nel momento in cui cadono dal cielo, sia quando siensi riuniti ne'pubblici sentieri o canali fatti per opera dell'uomo, vengono considerate come cose non pertinenti ad alcuno, e per conseguente il proprietario dopo di averne fatto uso, non è obbligato di restituirle ad alcun corso ordinario. Henrion de Pansey *de la compet. des juges de paix*, p. 283: Cass. di Parigi 14 gennajo 1825 in Dalloz v. *servitude*, sez. 2 art. 1, § 3—I fondi situati gli uni presso gli altri possono essere costeggiati o traversati dal corso delle acque. Nel primo caso il proprietario può servirsi delle acque che fiancheggiano il fondo per l'irrigazione: nel secondo, può usare delle acque nell'intervallo che percorre sul fondo coll'obbligo di restituirle nell'uscire dal fondo, al loro corso naturale. Da ciò una distinzione fondata sulla natura delle cose. Il proprietario il cui fondo è costeggiato dalle acque à nel proprietario della riva opposta un

567. Insorgendo qualche controversia fra i proprietarj a'quali tali acque possono essere utili, i tribunali decidendo debbono conciliar l'interesse per l'agricoltura co'riguardi dovuti alla proprietà: ed in tutti i casi debbono essere osservati i regolamenti particolari e locali sul corso ed uso delle acque(1).

---

comproprietario del letto del corso dell'acqua, che non à meno di lui dritto a servirsene: l'uno e l'altro possonsi costringere al nettamento e mantenimento del letto del corso delle acque; e l'uso delle acque deve essere comune ad entrambi. Colui al contrario ch'è proprietario della totalità del terreno che traversa il corso delle acque, non è colpito dalla considerazione della comproprietà del vicino: non à altra obbligazione che quella di ristabilire il corso naturale dove finisce la proprietà, ma mentre l'acqua attraversa il fondo può servirsene ad arbitrio, senza che questa facoltà degeneri in una occupazione talmente esclusiva, che i proprietari de' fondi inferiori sieno privati delle acque. Pardessus, n. 104, 105 e 106.

Il dritto d'irrigazione e quello di servirsi dell'acqua per qualsivoglia uso si esercitano unicamente su'corsi di acqua che sono nel loro letto naturale, e non già su quelli che trovansi circoscritti in un canale o altro lavoro: in quest'ultimo caso quegli lungo il cui fondo scorre il canale, o ne è attraversato, non può servirsi dell'acqua, nè fare alcun lavoro che abbia per iscopo di procurarsene l'uso. Pardessus, n. 111. Delvincourt lib. 2, tit. 4, nota 15. Duranton t. 5 n. 236, 237 e 238.

Puossi il dritto su l'acqua di un canale acquistare con titolo o prescrizione. La difficoltà soltanto consiste nell'istabilire, quando la quistione non si può esaminare co'titoli, se il canale sia stato stabilito a titolo di proprietà o di servitù; difficoltà seria e della massima importanza, perciocchè se il proprietario dell'usina lo è anche del canale, quegli il cui fondo ne è attraversato non può servirsi delle acque che quando ne abbia acquistato il dritto con titolo o prescrizione; se al contrario il fondo non è gravato che di una semplice servitù di condotto d'acqua, questo proprietario non può fare cosa che diminuisca l'uso della servitù, art. 622, ma può servirsi dell'acqua. Pardessus, n. 111 osserva che bisogna considerare l'oggetto cui questo canale è destinato: se è costruito espressamente per condurre le acque di una sorgente o di una riviera qualunque a un mulino, ad una manifattura, o ad altra opera che si esercita pel soccorso dell'acqua, e se è nettato e mantenuto dal proprietario dello stabilimento, per una presunzione naturale si reputa farne parte. Il proprietario del mulino in conseguenza lo è anche del canale (art. 446): bisogna credere che prima di fabbricarsi il mulino, si è assicurato dell'uso e del passaggio delle acque. Favard, rep. v. *servitude* sez. 2, §. 1 insegna che pel solo fatto della costruzione di un canale sul proprio fondo o su quello altrui, risulta una presunzione di dritto della proprietà esclusiva di questo canale. Ma Duranton t. 5 n. 240 risponde che la presunzione di dritto stabilito dalla legge è che la proprietà del suolo importa la proprietà di tutto ciò che vi è soprapposto, art. 477; e quindi soggiunge, che nel dubbio bisogna presumere ch'esista soltanto una servitù, essendo questo un dritto meno oneroso pe'proprietari lungo i cui fondi scorre un acqua, di quello di assoluta proprietà, ed il quale non potrebbe risultare che atti di possesso fatti *animo domini*.

(1) I. Non potendo il legislatore prevedere quante contestazioni possono insorgere fra diversi proprietari per l'uso delle acque, lascia a' tribunali una latitudine che non à altra regola che la loro coscienza, altra misura che l'obbligazione di conciliare l'interesse dell' agricoltura col rispetto dovuto alla proprietà, altro limite che la necessità di far eseguire i regolamenti amministrativi allorchè ne esistono in tal materia. I giudicati quindi profferiti in questa materia risolvendo quistioni di fatto, sfuggono la censura della Corte Suprema. Cass. di Parigi, 7 Aprile e 15 luglio 1807 in Sirey detto anno, p. 183 e 470. Toullier t. 3, n. 136; Favard, rep. v. *servitude*, sez. 2, § 1, n. 8. Pardessus, n. 116. Duranton t. 5, n. 216 e 217.

Ma quando i giudici del merito invece di applicare la disposizione in esame, distruggono gli effetti del dritto di proprietà, la loro decisione è censurabile. « Al potere discrezionale de'giudici è concesso il determinare il modo del reciproco uso delle acque, nel rapporto de'bisogni dell'agricoltura, temperare gli effetti del dritto di proprietà, non già distruggerli. Che quindi il giudice che applicasse tali disposizioni, deviando il corso naturale delle acque e permettendo, che parte di un fondo ne rimanesse perpetuamente privo, darebbe alla legge un senso affatto opposto, ed attenderebbe al dritto sacro di proprietà ». Arresto della Corte Suprema di giustizia di Napoli de'3 aprile 1827 nella causa tra de Pasquale e Cestari.

II. Nel compiere la materia delle servitù delle acque conviene discorrere della competenza dell'autorità del contenzioso giudiziario e dell'autorità del contenzioso amministrativo, per ciò che riguarda il corso delle acque.

568. Ogni proprietario può obbligare il suo vicino a stabilire i termini di

Competenza dell' autorità giudiziaria. Appartengono all'autorità giudiziaria le controversie, nelle quali per occasione dell'uso delle acque si contende de'dritti sopra un immobile, come anche quando nelle controversie non ci à alcun interesse nè diretto nè indiretto la pubblica amministrazione. Così, se Cajo vuole proibire a Mevio l'uso delle acque sostenendo che il terreno su cui scorre è di sua proprietà, o che il canale che n'è il condotto fa parte del suo mulino, devesi la controversia giudicare dall'autorità giudiziaria, perciocchè dice l'art. 5, n. 1 della legge de'21 marzo 1817 che: « Non potranno mai appartenere alle autorità incaricate del contenzioso amministrativo ancorchè vi sia interessata l'amministrazione pubblica o lo stato, l'esame e'l giudizio delle azioni tendenti a » *revindicare la proprietà di un immobile o asserirne la libertà.*

Così ancora il conoscere del dritto del proprietario di una sorgente in faccia a'proprietari de'fondi sottoposti a quelli del fondo pel quale l'acqua trascorre, il regolar l'uso di essa tra più proprietari limitrofi che sono tra loro in contestazione, l'esaminare le convenzioni fatte per quest'oggetto, il definire le indennità che possono ad alcuno competere ec., sono cose ch'entrano nelle attribuzioni del potere giudiziario. In questo senso l'art. 22 n. 4 della legge organica giudiziaria de'29 maggio 1817, e l'art. 103 n. 4 proc. civ. attribuiscono a'giudici di circondario l'esame ed il giudizio *d'innovazioni ed attentati commessi fra l'anno sul corso delle acque* in linea possessoriale; onde nel petitorio debbono essere competenti i tribunali civili, e per tal modo è stato sovranamente risoluto che l'azione istituita, a fin di ridursi il corso di una sorgente che nasce in un fondo di privata proprietà allo stato primiero a'termini dell'art. 563 ll. cc., è di competenza delle autorità giudiziarie (*), e che appartengono parimente a queste autorità le azioni di turbativa istituite da'particolari per le arginazioni che si fanno dagli opposti proprietari ne'confini delle loro possessioni, a fin di evitare le inondazioni di un fiume (**).

Competenza delle autorità del contenzioso amministrativo. Quando le controversie tra particolari sul corso delle acque risguardino anche l'interesse dell'agricoltura e delle arti in generale e della salute pubblica, o l'uso che uno o più comuni ànno di tali acque, allora dovendo l'amministrazione pubblica assicurare il successo delle disposizioni da essa date ne'regolamenti e dettarne altre per l'avvenire, uopo è che l'esame e'l giudizio ne appartengano alle autorità del contenzioso amministrativo. Tali sono le cause nelle quali trattasi di cangiar direzione al corso delle acque, o d'impedirne lo scolo con argini e farle ristagnare, di cagionar delle inondazioni, di scemare il volume di quelle che servono ad animar molte machine idrauliche o alle necessità della popolazione di un comune, di distruggere un ponte che serve ad esse di passaggio ec.: art. 3, 4, 6 e 7 della legge de'21 marzo 1817. Ed è notevole che non facendo questi art. alcuna distinzione, uopo è inferire che simili controversie debbano essere della competenza delle stesse autorità sì nel *petitorio* e sì nel *possessorio*, siccome è stato anche sovranamente dichiarato con real rescritto de'28 giugno 1824 nella causa tra Loreto Mastopietro ed altri naturali di Aquila.

Conflitto di attribuzione.

I conflitti di attribuzione sono le contestazioni tra un'autorità amministrativa ed un tribunale, ed ànno per oggetto il conoscere, se alla prima, o all'ultimo appartenga la conoscenza dello stesso affare. Il conflitto viene risoluto dal Re con un real rescritto, dopo che le due autorità avendo con apposite deliberazioni dichiarata la loro competenza nella stessa causa, l'intendente della provincia avrà elevato il conflitto con sua dichiarazione, e che per l'organo del ministero di stato di Grazia e Giustizia sia stata interrogata la Consulta ed abbia dato il suo parere. Decr. de'16 settembre 1810; Leg. de'12 dicembre 1816, art. 15; decr. de'2 maggio 1817 sulle attribuzioni de'misteri; Leg. de'14 giugno 1824 sulle consulte, art. 15, n. 3.

Il conflitto di attribuzione può elevarsi pendente il ricorso per annullamento. Risolvendosi poi il conflitto in un giudizio di terza opposizione, l'esame della nuova autorità, cui sarà rinviato l'affare, dovrà essere limitato al solo interesse del terzo, tranne il caso dell'individuità della cosa come di dritto; decr. degli 8 ottobre 1825—Che in fine quando la decisione pronunciata dal giudice del contenzioso amministrativo abbia fatto passaggio in cosa giudicata, non può prodursi alcun reclamo anche in linea di conflitto presso il potere giudiziario, comunque l'affare fosse stato di sua competenza: *resc. de'9 settembre 1825*

(*) Resc. de'27 maggio 1824 nella causa tra D. Benedetto Giulii Capponi e D. Isidoro Carli.

(**) Resc. de'28 agosto 1820 nella causa tra i coloni del conte D. Nicola Pagani e D. Giuseppe Costantini con altri possessori di terreni nella sponda opposta del fiume Velino in città ducale.

confine delle loro contigue proprietà. Lo stabilimento de' termini di confine si farà a spese comuni (1).

---

tra il consiglio d'intendenza ed il tribunale civile nella provincia di Capitanata nella causa tra il comune d'Ischitella e gli ex feudatarii.

(1) Il rispetto pe'termini che stabiliscono la estenzione ed i confini delle possessioni, è comandato dalla stessa divinità. La legge degli Ebrei ne dà un precetto formale. *Non assumes, nec transferres terminos proximi tui, quos fixerunt priores in possessione sua.* Deuter. cap. 19, v. 4.

Il dritto romano e gli antichi autori non aveano considerato lo stabilimento de' termini di confine come una servitù. Obiettò quindi ragionevolmente nel consiglio di stato di Francia il signor Regnaud (de Saint-Jean d'Angely) che la disposizione dell'art. in disamina non dovea essere qui collocata: Locré 4, p. 167 n. 12.

Che che ne sia, la disposizione dell'art. in esame dà luogo alle seguenti riflessioni:

1.° Con la voce *termine* s'intende qualunque marca sia naturale, sia artificiale, indicante la separazione delle due contigue possessioni, e destinata a prevenire qualunque usurpazione di un vicino sull'altro, tanto per equivoco, che con intenzione — Questi termini sono di due specie: mobili o stabili. I termini stabili sono le riviere, le colline, gli scogli, gli edifizi ed anche gli alberi, che il giureconsulto Paolo nelle sue *sentenze* lib. 5, tit. 22, § 2 chiama *arbores terminales*. I termini mobili sono le pietre ed altri segni suscettibili ad esser rimossi.

L'uso de' termini è principalmente pe' fondi di campagna, ove non v'à edifizio che ne determini l'estenzione; ma gli edifizi ed i luoghi chiusi da muraglie, sia nella città o nella campagna, ànno i loro confini per mezzo di mura antiche o comuni, o proprie ad un solo de' vicini; l. 2. e l. 4, §. 10 ff. *fin. reg.*

2.° L'azione per stabilire i termini di confine appartiene ad *ogni proprietario*: con queste ultime parole l'articolo intende il possessore *pro suo*, e quindi l'usufruttuario e l'enfiteuta, l. 4. § 9 ff. *fin. reg.:* Domat, lib. 2, tit. 6, sez. 1, n. 7, vedi la nota 2, pag. 166, e 167, n. 1. Il fittajuolo non avendo alcun dritto reale sulla cosa, non à quest'azione. Toullier t. 3, n. 181. Delvincourt lib. 2, tit. 4, nota 38. Pardessus, n. 334.

Il tutore per esercitare quest'azione ch'è immobiliare, anzi mista, l. 1 e 10 ff. *fin. reg.* à bisogno dell'autorizzazione del consiglio di famiglia, art. 387. Delvincourt ibid, e Pardessus, n. *118 e* 335. *Contr.* Toullier t. 3, n. 182.

3.° L'azione di stabilimento di termini di confine è imprescrittibile, essendo la mancanza di stabilimento de'termini di confine una semplice tolleranza che non potrebbe dar luogo ad una prescrizione: art. 734, 1744 e 2138: Pardessus, n. 130, Delvincourt ibid., nota 39. Duranton t. 5, n. 245. Troplong *de la prescription*, n. 119.

4.° L'azione per lo stabilimento de'termini di confine tendendo unicamente a conservare a ciascuna delle parti la integrità del suo fondo, è chiaro che non vi à luogo allo stabilimento de' termini di confine, quando i due fondi sono separati da un pubblico sentiero, da una riviera; l. 4 in fin. e l. 5, ff. *fin reg.*: e per lo contrario si dà luogo a quest'azione se i fondi sono separati da un ruscello; l. 6 ff. *eod.* Un ruscello, un burrone servono di termine di confine sol quando vengono riconosciuti tali mercè titoli o possesso; Pardessus, num. 118.

5.° Non vi sono regole positive sulla maniera di stabilire i confini, su' segni caratteristici che bisogna darli, e sulla materia di cui debbono essere fatti. Bisogna seguire gli usi locali. Toullier t. 3 n. 171. Pardessus, n. 120.

6.° È spesso difficile riconoscere i termini di confine. Dovendosi allora procedere ad una perizia, la prima regola è quella di seguire i titoli che loro debbono esibire le parti, e di comprovare la identità delle indicazioni contenute in questo titolo con gli oggetti materiali. In appoggio de' titoli possonsi invocare antichi segni che la comune opinione o gravi presunzioni fanno considerare come servienti di termini di confini. Da ultimo non è da omettersi, che potendo dopo i termini avvenire diversi cambiamenti a' confini, bisogna stabilire i termini giusta il possesso che può conferire più che non indicano i titoli; per ciocchè se non si può prescrivere contro il titolo, art. 2146, si può con un possesso pubblico più di 30 anni prescrivere oltre il titolo. Domat lib. 2, tit. 6, sez. 1, n. 6 e le leggi da lui citate. Pothier *au traité du contrat de societé*, n. 223. Toullier t. 3, n. 121, 122, 124 125. Delvincourt lib. 2 tit. 4, nota 40. Duranton t. 5, n. 260.

7. L'azione per lo stabilimento de'termini di confine dev' essere portata innanzi al tribunale nella cui giurisdizione sono siti gl'immobili: art. 151 proc. civ. Qualora poi la domanda sia soltanto relativa ad alterazione e rimozione di termine, commesse nell'anno, ossia si deduce la rimozione de'termini nel possessorio, si appartiene la competenza al giu-

569. Ogni proprietario può chiudere il suo fondo, salva l'eccezione prescritta nell'articolo 603 (1).

570. Nel caso che due o più fondi abbiano la reciproca servitù del pascolo, il proprietario che vuol chiudere il suo fondo, perde il diritto di pascolo nell'altrui fondo dopo la ricolta delle messi, in proporzione del terreno che ha sottratto all'uso comune (2).

---

dice del circondario del luogo, art. 22, n. 2 della leg. org. giudiz. de' 29 maggio 1817; art. 103 n. 2 e 127, proc. civ.

La soppressione o rimozione de' termini può altresì dar luogo ad un delitto punibile ai termini degli art. 428, 445 e 446 leg. pen. Anche per dritto romano se taluno avesse rimosso con dolo i termini stabiliti, veniva sottoposto al giudizio criminale *de termine moto*. Vedi Voet *ad pandectas*, lib. 47, tit. 21.

8. Lo stabilimento de' termini, dice l'art. in esame si fa a spese comuni, e secondo Paillet, su l'art. 646 cod. franc., l'art. deve intendersi nel senso che ogni proprietario confinante deve contribuirci per la metà. Pardessus, n. 129 insegna con maggior fondamento che la proporzione in cui deggionsi sopportare le spese è quella della estensione di ciascun fondo, altrimenti il proprietario di una porzione considerevole di terreno potrebbe rovinare il suo vicino, che non ne avrebbe che una piccolissima parte, facendogli sopportare la metà delle spese.

In quanto alle spese giudiziarie, quegli che si fosse negato alla domanda e manifestasse l'intenzione di profittare dell'indivisione, sarebbe tenuto alle spese del giudizio, come pure quegli ch'elevando degli incidenti dietro la domanda dello stabilimento de' termini, rimane soccumbente: art. 222, p. c. Pardessus, n. 129. Toullier t. 3, n. 180.

(1) Il dritto di chiudere il proprio fondo deriva dal dritto di proprietà, ed à per oggetto d'interdire ad altri l'uso delle terre che ci appartengono, non che l'accesso alle medesime.

La chiusura è *volontaria* o *forzata*. In questo art. si parla della chiusura *volontaria*, ossia del dritto che à qualunque proprietario di chiudere il suo fondo di campagna per sottrarlo dalla libertà del pascolo. Parla della chiusura forzata l'art. 584, secondo il quale ciascun proprietario può costringere il suo vicino a concorrere alle spese di costruzioni, o di riparazioni di muri che dividono le loro *case cortili e giardini situate nelle città e ne' sobborghi*.

Evvi eccezione al dritto di chiusura nel caso contemplato dall'art. 603. Sarebbe lo stesso di ogni servitù basata sopra di un titolo, perciochè la chiusura libera il fondo dal pascolo e da tutto ciò ch'è l'effetto di una pura tolleranza, ma non della servitù che derivano da convenzioni: quindi se il dritto al pascolo nasce da un titolo, il proprietario del fondo non può chiuderlo. Cass. 14 fruttidoro anno 9, (contro le conclusioni di Merlin rep. v. *vaine pature* § 4) e 13 dicembre 1808 in Sirey anno 1809, I. pag. 72. Pardessus, n. 134 Delvincourt lib. 2, tit. 4, nota 44. Toullier t. 3, n. 161. Duranton t. 5 n. 165. Favard rep. *servitude*, sez. 2 § 3, n. 4. Vedi la nota 1, pag. 225, n. II.

(2) Furono presso di noi frequenti le controversie circa il dritto di pascere, specialmente tra i Baroni, università e cittadini. Gli abusi della feudalità rendevano gravosa la servitù del pascolo, e vietandosi a' proprietari di cingere i propri fondi, erasi introdotta un sistema contrario a' progressi dell' agricoltura ed a' dritti della proprietà. I Baroni però incontrarono non lievi resistenze, e la benignità della patria giurisprudenza stabilì che potevano i cittadini cingere di muro, di siepe o di fosso i loro territori campestri, qualora, il facevano non col disegno di conservare l'erba e venderla ad altri, ma per prudente economia di render meglio urbetosi e fruttiferi i territori. Covarruvia *pract.*, *quaest. cap.* 37 n. 4. Capiblanc. *De Baronibus* t. 1, n. 32, e t. 2, cap. 74, n. 8 a 11. Novario *gravam.* 34 e 35.

Ferdinando IV rivolse le sue cure per affrancare le terre dall'uso della servitù del pascolo. Che perciò sin dal 1787 con rescritto de'30 maggio ordinò che i pascoli sativi annuali o di lunga durata, i quali possedevansi con dritti legittimi, dovessero considerarsi come ogni altra terra coltivata, e non fossero soggetti al pascolo comune; ed indi con rescritto dei 16 febbrajo 1788 spiegò doversi ciò intendere de' terreni di pieno dritto e legittimamente posseduti. Quindi le istruzioni non mai abbastanza lodate della regia camera della Sommaria prescrissero fra le altre cose, co'cap. 13 e 14: 1.° Che rimaneva abolita la promiscuità di pascolo e del dritto di legnare anche tra diverse università a'cui naturali si dava luogo a concorrere per la consuazione: 2.° Che tutte le servitù tra università e feudi, o di questi tra altri feudi rustici si avessero a transiggere, intendendosela le parti bona-

CAPITOLO II.

Delle servitù stabilite dalla legge.

571. Le servitù stabilite dalla legge hanno per oggetto la utilità pubblica, (1) o comunale, o de' privati.

572. Le servitù stabilite per la utilità pubblica o comunale riguardano

riamente per convenire del compenso, ed in caso di riluttanza di alcuna di esse, umiliarsene il ricorso al real trono per la conveniente provvidenza.

Queste savie disposizioni incontrarono difficoltà, massime per parte de'baroni, sino a che abolita la feudalità con legge de'2 agosto 1806, venne col decreto de'3 dicembre 1808 (art. 47, 48 e 49) restituita ad ogni proprietario la facoltà di chiudere i suoi campi ed esentarli dalla servitù del compascuo, il che fu meglio spiegato nell' art. 24 delle istruzioni de' 10 marzo 1810 sulla divisione delle terre demaniali. Questi principî vennero nuovamente proclamati colla legge sull'amministrazione civile de' 12 dicembre 1816. Nell' art. 174 di questa legge è sancito che ogni promiscuità di proprietà, di rendita, o dritti tra comuni e lo stato, tra i comuni ed i particolari o infra essi comuni, è perpetuamente abolita, ed aggiungono gli art. 177 e 186 che debbono gl'Intendenti pronunziare non solo sulla divisione delle terre demaniali, ma anche sulle controversie dipendenti da promiscuità di demanio comunale. Da ultimo cogli art. 198 e 200 del decreto degli 11 ottobre 1817 rimase anche abolito il dritto di promiscuità ne' dominii al di la del faro; e con i decreti degli 11 settembre 1825, 20 dicembre 1827 e 5 settembre 1828 si stabilì il sistema da tenersi in quo' reali dominii per la valutazione della servitù de'dritti promiscui.

Le esposte nozioni fanno comprendere la disposizione dell' art. in esame. Ogni proprietario, secondo l'art. 569, à dritto di chiudere il proprio fondo, per impedire che gli animali del proprietario convicino andassero a pascolarvi. Come la servitù del pascolo era reciproca, giustamente l' art. in esame soggiunge, che colui il quale chiude il suo fondo *perde il dritto di pascolo nell' altrui fondo, in proporzione del terreno che à sottratto all'uso comune.* Così, p. e. se egli à chiuso la metà del suo territorio, non può mandare al pascolo che la metà del suo bestiame, e così in proporzione. Nell'applicazione di questa regola potrebbero nascere varie difficoltà.

Le parole dell' art. *dopo la ricolta delle messi* sono spiegative del dritto di compascuo: i vicini possono mandare a pascolare gli animali alle rispettive terre, quando non vi sono nè seminati nè frutta.

Ripetiamo, che si può chiudere il fondo quando la servitù di compascuo deriva dalla consuetudine, perciocchè se nasce da un titolo bisogna rispettare la convenzione: vedi la nota precedente.

Chiunque immette animali al pascolo su'fondi altrui, è colpito dalla sanzione dell' art. 445, leg. penali: e per i boschi dagli art. 118 119, 120, e 125 della legge forestale dei 21 agosto 1826 resa comune alla Sicilia con decreto de' 26 marzo 1827—Perchè queste sanzioni possano applicarsi, conviene tener presente quanto si è detto sull'art. precedente.

(1) Le servitù stabilite per la pubblica utilità riguardano inoltre: 1.° Gli edifizî di regio uso; 2.° Le piazze da guerra: 3.° Le case religiose.

I.

Delle servitù stabilite per gli edifizî di regio uso.

Il decreto del dì 18 novembre 1823 prescrive quanto segue:

» E proibito di fabbricare o fare innovazioni ne'fondi e luoghi privati in tutta quella
» distanza d' onde possa esservi introspetto ne' palazzi ed edifizi di Regio uso. I proprie-
» tari degli enunciati fondi, i quali volessero fare tali innovazioni, dovranno ottenere
» prima il nostro Real permesso per via della Real segreteria e Ministero di casa reale.

Ed il decreto de'27 agosto 1829 volendo rimuovere il dubbio proposto su la espressione *edifizi di regio uso*, contenuta nell'enunciato decreto, stabilisce così:

» Dichiariamo che la espressione *di regio uso* contenuta nel decreto de' 18 novembre
» 1823 comprende i reali palazzi, i casini, e gli altri edifizî ove abitano o possono abita-
» re persone Reali.

i marciapiedi lungo i fiumi navigabili o adatti a' trasporti; la costruzione o riparazione delle strade; o altre opere pubbliche o comunali. V. l'art. 565.

Tutto ciò che concerne questa specie di servitù, viene determinato da leggi o da regolamenti particolari. V. il regolamento de' 20 giugno 1820 sulle strade.

Col decreto de' 7 maggio 1828 furono dichiarati *palazzi reali* i due posti a lati della Regia che chiudono quella piazza.

E l'art. 7 del decreto de' 29 agosto 1830 prescrive così: « Dichiariamo non esistere servitù di ogni specie sopra edificî di regio uso, senza una espressa nostra concessione. »

II.

Delle servitù stabilite per le piazze di guerra, forte o castello.

Il decreto de' 6 giugno 1832 dispone su questa specie di servitù, quanto segue:

» Il Comandante di qualunque piazza di guerra, forte o castello, venuto che sarà in cognizione che infra la distanza stabilita di 500 tese dal sopracciglio del parapetto dei » cammini coperti più avanzati nella campagna si vogliano aprire canali, fossi o edificare » edifizii proibiti dall'ordinanza di Piazza da Noi approvata a' 26 di gennajo 1831, potrà » impedire queste opere, restando all'autorità giudiziaria il definire, previa l'effettiva » misura, coll'assistenza dell'ufficiale del Genio, e dove questi mancasse, coll'intervento » di altro militare della piazza di guerra, forte o castello, se debbano tali opere continuarsi o demolirsi.

» Nel caso poi che i suddetti edifizi, o altre opere si trovino già compiti, dovrà il comandante della piazza di guerra, del forte o castello passarne avviso all'autorità giudiziaria, la quale coll'anticipata relaziono de' periti tanto militari quanto civili, e coll'assistenza sua personale, deciderà sulle quistioni, con doversi fare uso in tale rincontro » della misura reale di tese 500.

III.

Delle servitù stabilite per le case religiose.

Le liti in questo regno agitate da' monasteri di donne monache, perchè si chiudessero le finestre e sesine de' particolari, le quali avessero introspetto ne' monasteri, dettero luogo nel 1573 alla prammatica 2 *de monialibus*, con la quale si stabilì: « che tutte le sesine e » finistre, le quali si ritrovassero fatte in altre case intorno a' monisteri di monache, ancorchè fossero in mezzo strade ed altri luoghi che dividessero le case ed altri edificii » de' monisteri *quantocumque* distanti, e che vertesse lite sopra il serrare o aprire di dette » finestre e sesine, e che fossero le case predette di qualsivoglia persona e stato grado o » condiziono, si debbano fra il termine di un mese dopo la pubblicazione della presente » prammatica, far serrare e farsi far di maniera che da esso non si possa in modo alcuno » vedere nè poco nè assai nella parte di dentro di detti monisteri. E gli astrichi, che sono » o saranno colla servitù predetta di aspetto dentro detti monasteri, debbono farsi a tetto » d'ombrici, talmente che da essi non si ci possa affacciare e vedere in alcun modo dentro detti monisteri, e da qua in avanti non si debbono fare dette finestre, sesine ed » astrici, da' quali si possa in modo alcuno vedere dentro detti monisteri: nè *in futurum* » fare delle aperture, finestre e sesine *etiam* per virtù di privilegi ed altre concessioni, sotto pena a ciascuno che contravverrà, di ducati mille, ed altro a nostro arbitrio » riserbata »—Per effetto di questo statuto solevano da' particolari praticarsi delle lamine di ferro, detto volgarmente *ventagli*, apposte parallelamente alle aperture all'altezza di palmi quattro da sopra il parapetto di fabbrica o di ferro, che non impedivano il lume, ma solo l'introspetto nel chiostro, giardino, dormitorio o altra parte interna della clausura.

Si dubitò, se dopo la pubblicazione del codice civile fosse stata abrogata la prammatica in parola. La corte di appello di Napoli nel dì 22 dicembre 1815 decise nella causa tra il monastero delle Cappuccinelle a Pontecorvo ed il barone Ciampitelli, che la prammatica era tuttavia in vigore; e la medesima giurisprudenza fu rifermata nella causa tra Giannuzzi ed il conservatorio di Costantinopoli con sentenza del tribunale di Napoli dei 30 luglio 1821 confermata dalla G. C. civile.

Il decreto de' 21 giugno 1826 à troncato ogni controversia. Desso è così concepito:

» La prammatica seconda *de monialibus* in questi reali dominii, ed il sovrano Dispaccio » de' 23 di dicembre 1786 ne' reali dominii oltre il faro avean provveduto al pubblico de-

V. l'art. 1324.

573. La leggge soggetta i proprietarj l'uno verso l'altro a differenti obbligazioni indipendentemente da qualunque convenzione.

V. gli art. 277 a 286 leg. de' 12 dicembre 1816.

Una parte di queste obbligazioni è regolata dalle leggi sulla polizia rurale.

Le altre riguardano i muri e le fosse comuni, i casi ne' quali ha luogo il diritto di appoggio, il prospetto nel fondo del vicino, lo stillicidio, o il diritto di passaggio.

» coro, ed alla osservanza delle leggi claustrali in ciò che alla servitù d' introspetto à riguardo. Convenendo però coordinare gli stabilimenti compresi nella Prammatica e nel » Dispaccio anzidetto coll'unità del sistema legislativo, che ora à vigore nell'una e nell'altra parte del regno, e determinare altresì gl'istituti a'quali, in grazia della pubblica utilità è d'uopo estendere il principio relativo all'introspetto.

» Abbiamo risoluto di decretare:

» Art. 1. È vietato a tutt'i proprietari di edifizi vicini a quelli di monasteri, e de' conservatori di tutela o di educazione di donne (anche quando i predi fossero separati da » strade) di costruire logge, di aprire finestre, e qualunque campo di luce, per cui direttamente, o obliquamente vengono scoperti i siti interni de' monasteri o de' conservatori » stessi.

» Art. 2. Per questa specie di servitù non si darà luogo alle regole della distanza, ma » all'unica condizione dell' introspetto.

» Art. 3. Qualora i proprietari degli edifizii vicini a'monasteri, e conservatori di tutela » o di educazione di donne, volessero illuminare stanze o luoghi servienti, saranno loro » permesse le aperture alle altezze e colle cautele prescritte dagli art. 597 e 598 delle » leggi civili ».

E volendo sempre più il legislatore garantire la buona disciplina de' giovani, che per educazione dimorano in locali pubblici o di ecclesiastica fondazione a quest' uopo destinati, con decreto de'15 gennajo 1831 estese le disposizioni della legge de'21 giugno 1826 sul divieto dell'introspetto, anche a' locali pubblici o di ecclesiastica fondazione destinati per uso di novizi o di studentato. Eccone le parole:

» Art. 1. Non potrà aversi introspetto nelle case di pubblica educazione, ove gli alunni stanno permanentemente e vi pernottano, come pure nelle case religiose fissamente » destinate per abitazione e per uso de'novizi, e nelle altre dette *studentati*, ove dimorano » i giovani per fare gli studi monastici, secondo la costituzione di ogni ordine.

» Art. 2. La disposizione contenuta nel precedente articolo non risguarda l'introspetto » di cui si abbia avuto l'esercizio non contraddetto da pendenza di lite, dovendo questo » esser regolato dagli anteriori stabilimenti.

» Art. 3 È pure escluso dalla disposizione dell'art. 1, l'introspetto derivante da nuove » aperture nelle case di pubblica educazione, di noviziati, e di studentati, o da costruzioni delle medesime in siti dove non ne sono al presente.

II. Nell'antico foro agitossi la quistione se la disposizione della prammatica 2 *de monialibus* dovesse estendersi a' monasteri de' monaci. Sostenne l'affermativa il reggente Rovito nella decisione 92, ma la sua opinione non fu approvata come poggiata a deboli argomenti ed a miserabili equivoci. Il titolo e lo spirito della prammatica dimostrano che l'introspetto ne'monasteri di monache fu vietato per motivi di onestà, e lo stesso motivo non concorreva pe'monaci; perciocchè non s'intendeva di quella onestà comune a' religiosi ed a'laici, ma di quella propria delle Vergini consacrate al culto divino, e che non doveano essere esposte alle vedute de'secolari. A questa riservatezza non eran ligati i monaci che liberamente potevano affacciarsi dalle finestre, ed a'quali era permesso di girare per le strade e di conversare colle persone d'ambo i sessi. Vedi il Cardinal de Luca *de servitutibus*, Disc. XXII. Debbe nello stesso modo risolversi oggi di la quistione, perciocchè la legge de'21 giugno 1826 fu dettata da' medesimi motivi che determinarono per la onestà delle monache la prammatica 2 *de monialibus*. Rafforza questa opinione il decreto de' 15 gennajo 1831 ch'estende la legge de'21 giugno 1826 alle sole case religiose *destinate per abitazione de'novizi*.

III. Sopra le chiese non si stabiliscono servitù. Tanto prescrive il dritto Canonico *in clem. 1 de Sent. Excommunic.*: e può osservarsi quello che scrisse Barbosa *de univ. Jur. Eccles.* lib. 1, cap. 11, n. 28. Così decise la Corte Suprema di Giustizia di Napoli con arresto del dì 30 marzo 1826 nella causa tra Volpicelli e Ranieri.

SEZIONE I.

Del muro e delle fosse comuni (1).

574. Nelle città e nelle campagne ogni muro che sino alla sua sommità serve di divisione tra edifizj, corti, giardini, ed anche tra recinti ne' campi, si presume comune, se non vi è titolo o segno in contrario (2). Vedi gli art. 1304 e 1306.

IV.

Della competenza nelle cause di servitù anche nel possessorio sopra gli edifizi di regio uso, di regio patronato, di fondazione ecclesiastica, e sopra case religiose.

Gli art. 2, 4 e 5 del decreto de' 29 agosto 1830 dispongono quanto segue.

Art. 2. » Appartengono a' tribunali civili le cause delle servitù che si volessero indur» re sopra edifizi di Regio uso, di Regio patronato, di Regia fondazione ecclesiastica, e » sopra case religiose anche in possessorio.

Art. 4. » Le denunzie di nunciazione di nuova opera intorno tali beni debbono farsi in» nanzi i giudici di circondario, ma appartengono a' tribunali civili i giudizi sul dritto del» la nunciazione e sulle azioni possessorie che ne dipendono.

Art. 5. » Ne' casi di nunciazione di nuova opera o di attentati qualsivogliano, possono » i giudici di circondario, a domanda delle parti, verificare lo stato materiale de' fondi » sopra cui si pretende di essere avvenute le innovazioni, de' quali atti potranno valersi » le parti nel giudizio innanzi a' tribunali civili.

(1) Il dritto romano non poteva servir di guida nelle quistioni di un muro appartenente a diversi proprietari, perciocchè in Roma le case eran d'ordinario isolate, e non contigue l'una all'altra; anzi era vietato di edificare a minor distanza di due piedi dalla casa del vicino, secondo la l. ultima ff. *fin. regund.* Quindi chiamavansi spesso le case *insulae*. Non altrimenti un muro poteva divenir comune che per convenzione, ond' è che nel dritto romano non se ne parla che nelle l. 13, 19, ff. *de servit urb. praed.*, e 40 *de dam. infec.* In siffatta materia adunque agli autori del codice à servito di guida la consuetudine di Parigi, e presso di noi si trovano nelle patrie consuetudini anche delle disposizioni circa la servitù de' muri.

(2) Un muro non può essere comune che per due cagioni: o perchè è stato costrutto a spese e sopra un fondo comune: o perchè, posteriormente alla sua costruzione, uno dei vicini ne à acquistato dall'altro la metà indivisa. Merlin rep. v. *mitoyenneté*, §. 1, n. 1.

Due specie di muri sono riputati comuni da questo art.: 1.° muri che servono di separazione tra corti e giardini, ed anche tra recinti ne' campi; 2.° quelli che dividono gli edifizi sino alla sommità della loro altezza. La legge non esige alcuna pruova della comunione, poichè di questa comunione ne fu una presunzione legale, presunzione che cessa in due soli casi: se vi à titolo o segno in contrario. Nella esistenza del titolo bisogna stare a quanto in esso è determinato: i segni della non comunione sono indicati dall'art. 575.

Stabilito questo principio, conviene sull' art. in esame notare le seguenti riflessioni.

Primo. La legge presume la comunione del muro che *serve di divisione tra edifizi, corti, giardini, ed anche tra recinti ne' campi*. Che cosa bisogna decidere dunque, relativamente al muro che divide un edifizio da un giardino o da un cortile? Pothier, *du contr. de société* n. 202 fa a tal riguardo una distinzione, seguita da Toullier t. 3, n. 187 e da Pardessus, n. 159. Nelle città e ne' sobborghi in cui la legge obbliga i vicini a chiudere i loro fondi a comuni spese, art. 584, si presume il muro comune fino all'altezza prescritta pe' muri di chiusura, non ostante che vi sieno edifizi da una parte sola; ma in campagna si presume che il muro appartenga al proprietario dell' edifizio cui serve di sostegno, per la ragione che avendo egli solo bisogno di questo muro, si presume ancora ch'egli l'abbia fatto costruire a proprie spese e sul proprio suolo. Delvincourt lib. 2, tit. 4, nota 61 opina che in quest' ultimo caso bisogna ancora suddistinguere. Se il giardino è chiuso da tutt' i lati, il muro debb' essere riputato intermedio sino all' altezza del muro che forma la chiusura degli altri lati: laddove il giardino non è chiuso che dal lato dell' edifizio, per arg. dell' art. 591, il muro deve riputarsi appartenere per intero al proprietario dell' edifizio. Duranton t. 5, n. 303 passa a rassegna le opinioni de' citati giureconsulti, non ammette la distinzione di Pothier, Toullier e Pardessus, nè la suddistinzione di Delvincourt. Poggiandosi principalmente su' termini dell' art., e sul principio che non è permesso di supplire una presunzione legale nè estenderla a' casi diversi da quelli per cui è stata special-

Ved. gli art. 1304 e 1306.

575. È segno che il muro non è comune, quando la sommità di esso da una parte è diritta ed a piombo della sua fronte esteriore, e dall'altra presenta un piano inclinato (1); come pure quando vi sono da una parte sola (2) o lo sporto del tetto (3), o cornicioni (4) e mensole di pietra (5), messivi nel-

---

mente stabilita, deduce che l'art. parla soltanto del muro che *serve di divisione tra edifici*, e non già fra edifizio e giardini; e perciò in questo caso il muro deve riputarsi di appartenere esclusivamente al proprietario dell'edifizio. Questa opinione non sembra di doversi preferire a quella di Pothier e degli scrittori che l'ànno seguito sul ravvicinamento degli art. 574 e 584.

Duranton poi nel n. 304 adotta un'opinione contraria quando trattasi di un muro divisorio tra un cortile ed un giardino, o altro recinto: non essendovi ragione, per decidersi in favore di un muro piuttosto che di un altro, il muro deve presumersi comune. Pardessus, n. 159 per lo contrario opina che i due fondi debbono essere della stessa natura perchè si desse luogo alla presunzione della comunione del muro; così che un muro che separasse un giardino o un recinto da un prato, da un bosco, da una terra coltivabile, si presumerebbero appartenere al proprietario del giardino o del recinto.

Secondo. — Ne' campi non si presume comune un muro, se non quando entrambi sono chiusi: se uno non fosse interamente chiuso, si presumerebbe il muro appartenere esclusivamente all'altro: ecco perchè l'art. dice *tra recinti ne' campi*. Arg. dell'art. 591: Toullier t. 3, n. 187: Delvincourt lib. 2, tit. 4, nota 62.

Terzo. — L'art. nulla stabilisce sul muro che serve di divisione fra due fondi che non fossero entrambi corte, giardino o recinto. In difetto di titolo, niuno de' proprietari potrebbe esercitare dritto esclusivo su questo muro, e quindi bisognerebbe reputarlo comune. Duranton t. 5, n. 305.

Quarto. — La legge presume comune il muro che separa due edifizi, *sino alla sua sommità*, ossia sino al punto dove due edifizi, di altezza ineguale, possono profittare tutti due del muro comune. Queste parole *sino alla sua sommità*, non si trovano nella prima compilazione dell'art., ed il processo verbale del consiglio di stato di Francia de' 4 brumajo anno 12 (27 ottobre 1803) ci ammaestra in quale occasione e con quali mire furono aggiunte: » Il cittadino Berlier (ivi è detto) propone di non dichiarar comune il muro che ser- » ve di divisione tra edifizi, se non *sino alla sua sommità*, vale a dire, fino al punto in cui » due edifizi di altezza ineguale possono profittare entrambi del muro comune; la parte » del muro, ch'eccede la sommità dell'edifizio più basso, evidentemente appartiene in to- » talità al padrone dell'edifizio più elevato. L'articolo è adottato con questa modificazio- » ne. » Locré 4, p. 168, n. 17. Maleville sull'art. 653, cod. franc.

Ma che bisogna decidere quando il muro sorpassa l'edifizio più alto? Pardessus, n. 160 opina che non è in questo caso il principio sanzionato dall'art. in esame che deve decidere; ma la regola generale che in mancanza di titolo o di prova, il muro si presume comune. Delvincourt lib. 2, tit. 4, nota 60, e Duranton t. 5, n. 306 sostengono con maggior fondamento che cessando il muro di esser comune dopo la sommità dell'edifizio meno elevato, il proprietario dell'edifizio più elevato debbesi reputare aver costruito al di là, sia per garantire il suo tetto da' venti, sia per inalzare un giorno il suo edifizio.

(1) Da questo stato di costruzione del muro, le acque piovane non scorrono che sul terreno di colui dal lato del quale è il piano inclinato, e la presunzione di proprietà esclusiva in suo favore sorge dalla considerazione che non è verosimile che se non fosse stato padrone della totalità del muro, avrebbe consentito a ricevere solo lo scolo delle acque.

(2) Sono notevoli queste parole *da una parte sola*. Se lo sporto del tetto, i cornicioni, le mensole non sono *da una parte sola*, ma dall'una e dall'altra parte non sono segni esclusivi della comunione. Toullier t. 3, n. 190. Delvincourt lib. 2, tit. 4, nota 70. Duranton, t. 5, n. 312.

(3) Per la ragione indicata nella nota 1 di questa pagina.

(4) Si dà il nome di *cornicione* alla modanatura che sporge alla fine del cappello o covertura del muro, e trapassa la sua superficie perpendicolare, come pure a' pezzi di legno conficcati nel muro, e de' quali la estremità comparisce al di fuori.

(5) Le *mensole* sono pietre sporgenti in fuora, che servono ordinariamente per sostenere una trave o altro peso: desse sono di figura piana al di sopra ove va poggiata la trave, e di figura rotonda al di sotto. Sogliono mettersi ne' muri poco grossi, per dare un appoggio più esteso alle travi. Toullier t. 3, n. 189. Delvincourt lib. 2, tit. 4, nota 68.

Non sono da confondersi colle mensole le così dette *morse* che chiamansi pure addentellati o pietre di attacco lasciate dalla parte di un vicino. Il primo a fabbricare lascia le morse, acciò la casa del vicino, quando verrà costrutta, sia collegata con la sua, senza

la costruzione del muro (1).

Si presume (2) in questi casi (3) che il muro appartenga esclusivamente al proprietario, dalla cui parte sono la grondaja, o il cornicione, o le mensole di pietra.

---

incavi e incastrature, che converrebbero farsi per congiungere il nuovo. Queste morse non sono segni di comunione del muro. Toullier e Delvincourt ibid. Duranton, t. 5 n. 309.

Si noti che i segni in questo art. indicati riguardano i muri che servono di divisione tra gli edifizi, o tra corti e giardini nelle città, o tra recinti ne' campi. Quindi nelle campagne, se un solo fondo fosse cinto di muri, la cresta per le gronde ed i cornicioni stabiliti dalla parte del fondo aperto, non basterebbero per far presumere che il muro appartenga per metà al proprietario del fondo aperto; anzi che ciò, si penserebbe che o il proprietario del fondo chiuso abbia lasciato un terreno sufficiente per sopportare la grondaja del suo muro, o che non essendo questa grondaja molesta al fondo aperto, il proprietario l'abbia tollerata. Toullier t. 3, n. 190. Duranton t. 5, n. 312. Delvincourt, lib. 2, tit. 4, nota 70.

(1) È necessario che il muro sia in questo stato fin dalla sua costruzione, altrimenti un vicino potrebbe aggiungere dopo de' segni di proprietà esclusiva.

Si riconosce che la mensola è stata situata nell'atto della costruzione del muro, allorchè la doppiezza di questo e lo sporto sono di una sola pietra. Pardessus, n. 163. Delvincourt, lib. 2, tit. 4, nota 69.

(2) Il segno di non comune proprietà è una semplice presunzione che deve cessare nell'esistenza di un titolo contrario. Pardessus n. 161, e Delvincourt, lib. 2, tit. 4, nota 71 apportano a questa decisione una importante modificazione, poichè opinano che può il titolo essere oppugnato per mezzo de' segni qualora esistano sin da 30 anni, a principiare dal titolo, e sieno poggiati sul possesso. Toullier t. 3, n. 188, e Merlin rep. v. *mitoyenneté* § 1, n. 8 sostengono del pari che il possesso capace di produrre la prescrizione puossi opporre a' titoli. Ma Duranton t. 5. n. 311 si oppone alla dottrina di Pardessus e di Toullier, e sostiene che i segni di non comune proprietà col possesso di 30 anni non bastano per distruggere il titolo, e che, secondo lui, vi è stato godimento di una cosa comune, e non esclusivo godimento: per l'art. 2146 non si può prescrivere contro il proprio titolo. Sarebbe stato d'uopo di una contraddizione regolare opposta a colui che presenta il titolo: allora essendosi cambiata la natura del possesso, la prescrizione avrebbe in fatto potuto decorrere contro il titolo. I semplici segni adunque non fanno decorrere la prescrizione; vi bisognerebbero atti di proprietà esclusiva del godimento del muro.

Ma quando non avvi alcun titolo, la proprietà esclusiva del muro può risultare da prescrizione, poichè un dominio indiviso non impedisce che un solo possa acquistare i dritti del suo condomino, art. 735—Il possesso annuale può produrre questo effetto? Pardessus, n. 161, Merlin rep. v. *mitoyenneté* § 1, n. 8, Toullier t. 3, n. 188 dicono, che il possesso annuale anche il più qualificato, è insufficiente a distruggere gli effetti della presunzione legale di comune proprietà: bisognerebbe indispensabilmente provare che la proprietà esclusiva si è acquistata col lasso del tempo ch'esigono gli art. 2168 e 2171. Delvincourt, lib. 2, tit. 4, nota, 71 sostiene al contrario, che se le mensole o altri segni sono state stabilito da un anno, questo possesso annale basta per istabilire la non comunione del muro, salvo al vicino il quale pretende che il muro sia comune, a provarlo con documenti, nel qual caso la pruova risultante da' titoli non può essere distrutta che dal possesso di 30 anni. Questa opinione che può incontrare delle gravi difficoltà è stata seguita da Duranton t. 5, n. 313 e 314.

(3) I quali sono tassativi, che che ne dica in contrario Malevillesu questo art. La legge richiede, contro la sua presunzione, o un titolo o un segno ch' essa à equiparato al titolo.

I segni o gl' indizi che ammettevano le consuetudini com' esclusivi della comunione, possono sempre invocarsi pe' muri costruiti prima della promulgazione del codice, (quantunque Pardessus, n. 162 sia di contraria opinione) che non à effetto retroattivo, art. 2, e che con l'art. 612 mostra il suo rispetto pe' dritti acquistati in materia di servitù. Chabot *questions transitoires*, v. *servitude*. Toullier t. 3, n. 192. Duranton t. 5, n. 310. Per il che oltre a' segni indicati dall'art. 575, deve pe' muri costruiti prima della promulgazione del codice seguirsi la consuetudine che considerava come segni della non comunione del muro, gl' incavi a forma di finestrini oltre la metà della sua grossezza e la faccia esteriore del muro non eccedente la linea di separazione de' fondi: quali segni attestavano la proprietà del muro a favore del vicino dal cui lato si trovavano. Il muro poi si presumeva comune, quando tali finestrini erano incavati fino alla metà della grossezza ed esistevano verso l'uno e l'altro lato; o quando la metà della grossezza combaciava colla linea di separazione de' fondi vicini.

V. l'art. 586. 576. Le riparazioni e le ricostruzioni del muro comune sono a carico di tutti (1) quelli che vi hanno diritto, ed in proporzione del diritto di ciascuno (2).

577. Ciò non ostante qualunque compadrone di un muro comune può esimersi dall'obbligo di concorrere alle spese delle riparazioni e ricostruzioni, rinunziando al diritto di comunione; purchè il muro comune non sostenga un edifizio di sua pertinenza (3).

V. l'art. 620.

---

(1) A meno che il deterioramento non fosse avvenuto per fatto di un solo proprietario, nel qual caso è egli solo tenuto alle riparazioni non solo, ma ad indennizzare l'altro de' danni che soffre; l. 1 j, § 1 ff. *si servit. vindic.*, l. 7 § 1. ff. *pro socio;* art. 1336 e 1722. Pardessus, n. 165 e 167. Delvincourt, lib. 2, tit. 4, nota 79. Favard, rep. v. *servitude*, sez. 2, § 4, n. 4. Duranton, t. 5, n. 317.

(2) Questo art. apre a ciascun proprietario il campo ad un'azione reciproca per fare costare in contraddizione coll'altro, lo stato di pericolo o di rovina prossima del muro comune; ordinare la riparazione o la ricostruzione, ed in caso di rifiuto o di ritardo, procedervi solo e costringer l'altro al pagamento della sua parte delle spese. Non sarebbe necessaria tal procedura laddove vi fosse urgenza, la quale potrebbe dichiararsi sia dal magistrato, sia dalla polizia, e fuori di questo caso colui che avesse agito senza il consenso del proprietario o senza una sentenza, sopporterebbe solo tutte le spese. Pardessus, n. 166. Toullier t. 3, n. 214. Favard rep. v. *servitude*, sez. 2, § 4, n. 4. Duranton t. 5 n. 317.

Gl'incomodi risultanti da' lavori, come il passaggio degli artefici, la collocazione dei materiali, sopportansi in comune. Riguardo alle puntellature o sostegni ed all'abbandono dell'abitazione, che questa ricostruzione può causare, debbe soffrirsi rispettivamente, ognuno per ciò che lo concerne; e quello stesso che avesse dalla sua parte decorato il muro con delle pitture o altri abellimenti, ne sopporterebbe solo la perdita: dovrebbe imputare a se stesso di aver fregiato di ornamenti un muro che le leggi rendono comune, e soggetto ad esser ricostruito. Domat lib. 2, tit. XII, sez. 2, n. 10. Pothier *contr. de société*, n. 215. Toullier t. 3, n. 215, Pardessus, n. 167.

(3) I. Dispensando la prima parte dell' art. dall'obbligo di contribuire alle spese di ricostruzione o di riparazione, rinunciandosi alla proprietà del muro comune, è una conseguenza del principio generale, che chi è obbligato a causa di una cosa, può sciogliersi da questa obbligazione con abbandonarla—La rinuncia del muro racchiude l'abbandono del suolo, poichè il suolo ed il muro non fanno che uno stesso tutto: Pardessus, n. 168—Ma è da osservarsi che la rinuncia alla comunione del muro non libera colui che la fa dall' obbligo di praticar le riparazioni cui avesse dato luogo per sè stesso o per gl'individui di cui è responsabile: art. 1336 e 1338. Pardessus, n. 168. Toullier t. 3, n. 219. Pailliet su questo art. Delvincourt. lib. 2, tit. 4, nota 81. Duranton t. 5, n. 318.

Ma la facoltà di rinunciare alla comunione del muro à luogo quando nelle città e ne'sobborghi il vicino può costringere, a'termini dell'art. 584, l'altro a chiudersi? Su tal quistione sono divergenti i tribunali e gli autori. Sembra risultare dalle discussioni del consiglio di stato di Francia sull'art. 584 (in Locré 4, p. 168, n. 19 a 24) che il proprietario del muro comune nelle città e ne'sobborghi potesse rinunciare alla comunione. Maleville sull'art. 663 (584) ritiene di essersi stabilito nel consiglio di stato, che tanto nel caso dell'art. 656 (577), come in quello dell'art. 663 (584) il vicino potesse esimersi dal contribuire alle spese del recinto, rinunciando al dritto di comune proprietà sul muro. Toullier, t. 3, n. 163, 164 e 218 dà come risoluta la quistione dal consiglio di stato, e Favard rep. v. *servitude* si è attenuto a questa opinione, riportandola senza contraddirla, ed in questo senso decise la corte di cassazione di Parigi con due arresti l'uno de' 29 settembre 1819 in Sirey, 1820-1-166; e l'altro de'5 marzo 1828, Recueil de Dalloz, 1828-1-164. Ma Pardessus, n. 168, Delvincourt lib. 2, tit. 4, nota 82, e soprattutto Duranton t. 5, n. 319 sostengono e forse con maggior fondamento, un'opposta opinione: secondo essi l'art. 584 ordina in un modo assoluto di contribuire alla chiusura, nè contiene in alcun modo la scelta di chiudere il fondo o rinunziare alla comunione del muro; secondo essi adunque l'art. 584 è una disposizione speciale che modifica quella dell'art. 577, ma non la distrugge, secondo la regola *specialia generalibus derogant.* Duranton aggiunge, che la discussione del consiglio di stato nulla à di contrario a siffatta interpetrazione.

II. Se dopo la rinuncia, il vicino, in vece di riparare il muro, lo facesse cadere, il rinunziante può ritenere la metà del suolo, poichè avea rinunziato soltanto con la condizione che fosse riparato il muro: questo è il caso dell'azione detta in dritto *condictio causa data, causa non secuta.* Toullier t. 3, n. 220. Delvincourt lib. 2, tit 4, nota 81. Duranton t. 5, n. 320.

È da osservarsi in fine che chi à rinunziato alla comunione può acquistarla, uniformandosi all' art. 582. Pardessus, n. 169. Toullier t. 3, n. 193 e 221.

578. Ogni compadrone può far fabbricare appoggiando ad un muro comune, ed immettervi travi e travicelli per tutta la grossezza del muro, ad esclusione di due pollici; senza pregiudizio del diritto che ha il vicino di far accorciare la trave fino alla metà del muro, nel caso in cui egli volesse collocare una trave nello stesso sito, o appoggiarvi un cammino (1). V. gli art. 583, 595 e 596.

579. Ogni compadrone può fare innalzare il muro comune (2); ma sono a di lui carico le spese dell'innalzamento (3), le riparazioni di mantenimento sopra l'altezza del muro comune, ed in oltre l'indennità (4) pel maggior peso in proporzione dello alzamento, e secondo il suo valore.

580. Se il muro comune non è atto a sostener l'alzamento, quegli che vuole alzare, è tenuto a farlo ricostruire per intero a sue spese; e l'aumento di grossezza dee prendersi dal suo lato (5).

---

(1) Si è promossa la quistione, se a'lavori di cui è parola in questo art. il quale tace sul consenso del compadrone, sia applicabile la regola generale contenuta nell'art. 583. Toullier t. 3, n. 206, sostiene l'affermativa. Ma Delvincourt lib. 2 tit. 4, note 84 e 85, e Pardessus n. 180 e 181 convenendo della necessità del consenso, restringono questa necessità al caso in cui i lavori che s'incorporano al muro potessero col peso o coll'urto nuocere al muro, e riguardo alle cose che si volessero semplicemente appoggiare al muro non è necessario il consenso del vicino e la preventiva verifica. Duranton t. 5, n. 335 ritiene anch'egli che le semplici fabbriche alzate in dorso del muro ed il collocamento delle travi o travicelli, giusta l'art. in esame, non obbligano a richiedere il comsenso del comproprietario: le opere di cui è parola nell'art. 583 sono quelle rimembrate nell'art. 595, e quelle altre che possono nuocere al muro, se fossero fatte senza precauzione.

(2) La legge non limita il dritto d'inalzamento. Nondimeno, se non si alzasse il muro, nè per appoggiarvi qualch'edificio, nè per procurarsi qualche utilità, e se il risultato fosse di nuocere al vicino con privarlo dell'aria e della luce, questi potrebbe domandare che l'inalzamento fosse ridotto ad una proporzione ragionevole: *malitiis non est indulgendum*. l. 38 ff, *de rei vindic.* Pailliet su questo art. Pardessus, n. 173. Toullier t. 3, n 202 e 203. Delvincourt lib. 2, tit. 4, nota 93. Duranton t. 5, n. 330.

Il comproprietario il quale à a sue spese inalzato un muro comune, non potrebbe aprire delle finestre nocevoli al vicino, secondo una decisione della corte di Donai de' 17 febbraio 1810 in Dalloz v. *servitudes*, sez. 3, art. 2, § 1, e Sirey 13-2-19. Questa decisione è stata confutata da Delvincourt lib. 2, tit. 4, nota 110, e da Duranton t. 5, n. 333. Vedi anche Merlin rep. v. *vue*, § 3, n. 2 e 9: Toullier t. 3, n. 536. Pardessus, n. 211.

Sulla quistione se il dritto d'inalzare il muro può esser esercitato in pregiudizio di un dritto di veduta, vedi la nota 4, pag. 220 e 221.

(3) Nel rango delle spese d'inalzamento si debbono comprendere le spese di verifica sopra luogo per determinare il livellamento del muro ricostruito, quelle di puntellatura dell'edifizio, e quelle necessarie per ristabilire nello stato primiero i pergolati, le tettoje ed altre cose simili ch'erano appoggiate all'antico muro. Ma se il muro fosse abbellito di pitture, scolture ec., non vi sarebbe luogo al loro ristabilimento o alla loro indennità, per la ragione che il danno è stato arrecato per effetto dell'esercizio di una facoltà legale, di cui il vicino avrebbe potuto prevedere che l'altro avrebbe potuto far uso, l. 13, § 1, ff, *de servit. praed. urb.* Domat lib. 1, tit. XII, sez. 4, n. 4, e lib. 2, tit. 8, sez. 3, n. 5. Pardessus, n. 167 e 174. Toullier t. 3, n. 202 e 209. Delvincourt lib. 2, tit. 4, nota 96. Duranton t. 5 n., 331.

Si vede bene, che se per l'inalzamento del muro, il comproprietario non ritrae per qualche tempo vantaggio dal muro comune, non à dritto ad indennizzazione: Pothier *contrat de société*, n. 215. Toullier t. 3, n. 211, e Pardessus n. 174 sottopongono questa risoluzione alla condizione che saranno i lavori terminati in un tempo convenevole che si può domandare di stabilirsi; ma che per argomento dell'art. 1570 questo tempo non può essere più lungo di 40 giorni, e che spirato questo termine sia dovuta una indennità. Duranton t. 5, n. 331 non ammette questa restrizione, poggiandosi sulla essenziale differenza tra il contratto di locazione e la comunione legale.

(4) L'indennità è sempre dovuta, qualunque sia la fortezza ed il buono stato del muro che si vuole inalzare, poichè il nuovo peso che deve sopportare il muro accelererà la sua distruzione, ed avrà bisogno di essere riparato più presto. Pothier *contrat de société*, n. 213. Pardessus, n. 174. Toullier t. 3, n. 200.

(5) Nel caso di questo art. non è dovuta veruna indennità al comproprietario pel maggior peso. Toullier t. 3, n. 204.

V. art. 597. 581. Il vicino che non ha contribuito all'alzamento, può acquistarne la comunione (1), pagando la metà della spesa (2), ed il valore della metà del suolo occupato per la maggior grossezza, se ve ne sia.

V. l'art. 597. 582. Ogni proprietario (3) in contiguità (4) di un muro (5) ha pure la facoltà (6) di renderlo comune in tutto o in parte, rimborsando al padrone la metà del suo valore (7), o la metà del valore della parte che vuol rendere co-

---

(1) In tutto o in parte; ben vero acquistandone parte solamente, non dee contribuire alle spese che in proporzione della parte che vuole acquistare. Delvincourt, lib. 2, tit. 4, nota 98.

È un effetto dell'acquistata comunione dell'inalzamento, che può il vicino avvalersi dei dritti, che la legge conferisce al condomino. Gli sono perciò applicabili gli art. 578, 583, 595, 596 e 597. Che inoltre, chi acquista la comunione dell'inalzamento può astringere l'altro proprietario a chiudere le aperture che vi avea praticate, da qualsivoglia tempo tali luci sussistessero: art. 597. V. la nota 6 di questa pag.

(2) Sono notevoli queste parole *la metà della spesa*. Secondo questo articolo il comproprietario del muro che non avendo contribuito all'inalzamento vuole acquistare la comunione della parte inalzata, deve pagare *la metà della spesa* ed il valore della metà del suolo occupato per la maggior grossezza. L'articolo seguente poi che prevede il caso di chi vuole acquistare la comunione del muro che appartiene al vicino, gl'impone l'obbligo di pagare la metà del suo valore, o della parte che vuole rendere comune, e non già *la metà della spesa*. La ragione della differenza deriva da ciò, che il vicino il quale compra la comunione del muro ch'esclusivamente apparteneva ad un altro, non è imputabile di cosa alcuna se non à contribuito alle spese di costruzione. Ma colui ch'essendo comproprietario del muro non ha voluto contribuire alle spese dell'inalzamento, è giusto che paghi la *metà della spesa*, acquistando la comunione della parte inalzata, perciocchè potrebbe darsi che egli siesi rifiutato di contribuire colla mira di renderlo poscia comune mediante una stima di periti sempre arbitraria, e quasi sempre inferiore al suo costo. Toullier t. 3, n. 205. Duranton t. 5, n. 334.

La metà delle spese però debbe intendersi nel senso che per istabilire quello che dee pagare il vicino, bisogna far entrare nel conto tutte le spese che à dovuto pagare colui che à fatto l'inalzamento. La spesa in questo modo calcolata dev'essere diminuita in ragione dell'antichità della costruzione, non essendo giusto che 30 anni dopo l'inalzamento del muro che non à il valore primitivo, il vicino che vuole acquistare la comunione, debba pagare la metà dell'intera somma che realmente erasi spesa nel principio. Delvincourt, lib. 2, tit. 4, nota 99. Pardessus, n. 176.

(3) Come anche l'enfiteuta che vanta sulla cosa dritti di proprietà.

(4) Fa d'uopo che il muro sia costruito sulla estremità del terreno appartenente all'altro proprietario per dirsi che vi sia *contiguità*. Laddove il proprietario del muro provasse che à lasciato uno spazio al di là del suo muro, non potrebbe essere costretto a venderne la comunione; ma se questo spazio non è di alcuna utilità e si provasse ch'è stato lasciato dal proprietario col fine di sottrarsi dalla servitù legale imposta a colui che à fabbricato nella estremità del suo fondo, i tribunali potrebbero costringerlo a vendere la comunione del muro: *malitiis non est indulgendum*. Pardessus, n. 154. Delvincourt lib. 2, tit. 4, nota 72.

(5) Sì nelle città, come nelle campagne, poichè la legge non fa alcuna distinzione. Toullier t, 3, n. 193. Pardessus, n. 153. Delvincourt lib. 2, tit. 4 nota 73. Pailliet su q. art.

(6) Da non potersi eliminare con la prescrizione: art. 2138. Nè si richiede che colui che vuole acquistare la comunione del muro ne provi il bisogno: basta che lo voglia, non essendo obbligato di esprimere i motivi. Toullier t. 3, n. 193. Pardessus, n. 155. Delvincourt lib. 2, tit. 4, nota 73.

La esistenza di lumi o finestre, anche sussistendo da più di 30 anni, non impedisce di acquistare la comunione del muro per fare un edifizio che oscuri le finestre. La scuola francese avea stabilito questa dottrina (Cass. di Parigi 1 dicembre 1813 e 5 dicembre 1814 in Sirey, 14-1-95, e 15-1-49. Pardessus, n. 155: Duranton, t. 5, n. 325: Toullier t. 3, n. 197 aveva sostenuta la contraria opinione, ma l'à modificata nel n. 536.), oggi sublimata in legge dall'art. 597.

(7) Attuale, e non già quello della costruzione. Toullier t. 3, n. 193: Delvincourt lib. 2, tit. 4, nota 75—Pardessus, n. 155 opina però che se la comunione è acquistata in un luogo sottoposto alle regole dell'art. 584, si deve pagare il valore *reale* del muro.

Il valore della metà del muro e del suolo dev'essere offerto da chi vuol comprare la comunione, ed in caso di negativa, far determinare il valore giudiziariamente. Ma da chi vengono sopportate le spese di perizia? Gli autori fanno una distinzione: in caso di negativa e di offerte

mune, e la metà del valore del suolo (1) sopra cui il muro è costrutto.

583. Uno de' vicini non può fare alcun incavo nel corpo di un muro comune, nè applicarvi o appoggiarvi alcuna nuova opera (2) senza il consenso del- V. gli art. 578 e 595.

sono le spese sopportate dall'attore o dal convenuto, secondo che le offerte sonosi trovate sufficienti o insufficienti. Laddove senza far offerte, domanda il vicino soltanto comprare la comunione, secondo il valore stabilito da' periti, e l'altro accetta questa proposta, vanno le spese a carico dell'attore, che deve imputare a se stesso di non aver fatto offerta. Toullier t. 3, n. 195. Favard rep. v. *servitude*, sez. 2, § 54. Duranton t. 5 n. 328.

Colui che è astretto a cedere la comunione à dritto di chiedere di essergliene preventivamente pagato il valore. Pardessus, n. 158. Toullier t. 3, n. 195.

(1) Ancorchè il muro fosse stato altra volta comune e non lo fosse più per la rinunzia da lui fatta a' termini dell'art. 577, affin di esimersi dalle riparazioni. Toullier t. 3, n. 193, Delvincourt lib. 2 tit. 4, nota 74.

(2) Vedi la nota 1, pag. 211.

Il dritto romano riconosceva la servitù così detta *oneris ferendi*, e l'altra *tigni immittendi*. La servitù di fare sostenere un peso, *oneris ferendi*, era quella per la quale il pilastro o il muro del vicino era forzato a sopportare il peso della mia casa (v. la nota alla pag. 190, n. III.) — La servitù d'immettere una trave, *tigni immittendi* era il dritto pel quale il vicino era tenuto a soffrire che la mia trave fosse immessa ed appoggiata nel suo muro, l. 12, 25 ff. *de servit. urban. praed.*; l. 8, § 1 e 2, l. 14 ff. *si serv. vind.*; § 1 Inst. *de servit.*, e § 2 Inst. *de act.* La parola *tignum* è un termine generico ch'esprime ogni specie di materiali impiegati nella costruzione degli edifizi, come le pietre, il legname, il ferro ec.; l. 1, § 1, ff. *de tigno juncto*, e l. 62, ff. *de v. s.*—Donde si scorge, che la servitù *tigni immittendi* differisce dalla servitù *oneris ferendi* in ciò, che per questa si à il dritto di appoggiar la casa intera sul pilastro o muro del vicino, mentre che per quella si à solamente il dritto d'immettervi la trave o altri materiali—Ne' primi tempi di Roma era ignota la servitù *tigni immittendi*, perchè le case essendo isolate, *insulae*, per le leggi delle 12 tavole ogni proprietario dovea conservare uno spazio di 2 piedi e mezzo di larghezza dal termine che divideva il proprio suolo da quello del vicino. In progresso di tempo, cresciuto oltremodo il numero degli abitanti, nacque il bisogno di occupare con nuove fabbriche gli ambiti, e così ebbe origine la servitù *tigni immittendi*, onde fosse lecito di congiungere la propria casa con quella del vicino. Heinneccio *antiq. rom.* lib. 2, tit. 3, § 4.

Per dritto romano adunque non si avea il dritto di unire il nuovo edificio a quello del vicino, se non nel caso in cui si avea la servitù legale *tigni immittendi*, o *oneris ferendi*, l. 3, 14 ff. *de servit. urb. praed.*

II. Circa la servitù del peso che voleva imporsi al muro del vicino, avevamo prima della pubblicazione del codice civile, tre consuetudini sotto il titolo *de servitutibus*. La prima comincia *et si ex latere*; e dispone che volendo taluno congiungere il nuovo al muro del vecchio edificio, apponendiandovi cose, o facendovi travi per sostenerlo, dovesse pagare al padrone del muro, nel quale appoggiava, il prezzo della metà non solamente del muro stesso, ma eziandio del suolo in cui era fabbricato, purchè non provasse che l'uno e l'altro non fosse comune — Per effetto di questa consuetudine valeva l'appoggio al muro del vicino di propria autorità, usando gli atti di tagliar *buchi*, *caraci*, *prese*, *quinti o spalle* per lo attacco laterale delle nuove opere, prima che avesse acquistata la comunione. Se il vicino faceva opposizione per incapacità del muro a sostenere il peso, il giudice dovea regolarne la decisione col giudizio degli Esperti. Molfesio *in Consuetud.*, p. 13, q. 20, n. 6.

L'altra consuetudine comincia *et si recumbat*, la quale disponeva che se taluno volesse al vecchio edificio vicino attaccarvi il lastrico, ed i capi delle regole della nuova casa, facendosi un lacerto per impedire che trapilasse l'acqua piovana nelle stanze; dovesse pagare la quarta parte del prezzo del muro e del suolo, ove il muro stesso era fabbricato.

La terza consuetudine, che comincia *ubicumque*, stabiliva che l'apprezzo del muro, che dovea pagarsi ne' casi espressi nelle due precedenti consuetudini, dovea farsi dalle fondamenta di esso sino al luogo in cui si voleva imporne il peso, appoggiare il tetto o ficcare le travi. Si noti che il dritto di appoggiare a norma delle riferite consuetudini competeva nella capitale e suoi casali; ma nelle province del regno non poteva aver luogo senza l'espresso consenso del vicino, imponendovi la servitù *tigni immittendi*, secondo il dritto romano.

III. La istoria in iscorcio discorsa sul dritto di appoggiare sulla fabbrica del vicino tanto per dritto romano che per dritto consuetudinario, dimostra quanto sieno eque le disposizioni dalle leggi civili dettate negli art. 578 e 583, secondo i quali il dritto di appoggio sul muro comune è un effetto del condominio; colui che non à acquistato la comunione del muro non

l'altro, ovvero, in caso di rifiuto, senza aver fatto da' periti (1) determinare i mezzi necessarj, onde la nuova opera non riesca di danno a' diritti dell'altro.

V. l'art. 569 con la nota; e l'art. 577 con la nota.

584. Ciascuno può costringere (2) il suo vicino a concorrere nelle spese di costruzioni, o di riparazioni (3) de' muri che dividono le loro case, cortili e giardini (4) situati nelle città e ne' sobborghi (5). L'altezza di essi sarà determinata, secondo i regolamenti particolari, o secondo gli usi costantemente ricevuti: e non essendovi usi o regolamenti, ogni muro divisorio da costruirsi o riedificarsi in avvenire, dovrà essere, nelle città di cinquantamila anime o

può appoggiarvi, nè farvi costruzioni. Le servitù quindi *tigni immittendi et oneris ferendi* possono nascere dalla convenzione o da altro titolo, art. 607, ma desse non sono legali, articolo 573. Vedi la nota 1, pag. 225.

(1) Convenuti o nominati di officio. Pardessus, n. 179 osserva che l'art. in esame richiede che la verifica sia preventiva, ma non aggiunge che debb'esser ordinata dal Tribunale; e quindi la parte che vuole eseguire un incavo dopo di aver lasciato al suo vicino un termine di tre giorni almeno per far conoscere le sue intenzioni, deve dirigersi al presidente del tribunale o al giudice del circondario in linea di referato (art. 589 proc. civ.) perchè ne faccia di uffizio la nomina. Ma è da osservarsi che il proprietario opponendosi a' lavori, non può essere della competenza del presidente o del giudice del circondario di conoscere del merito delle opposizioni, e quindi non potrebbe nella esistenza delle opposizioni nominare il perito. Per il che essendo necessaria una sentenza del tribunale, i periti non possono che esser nominati dal tribunale medesimo, art. 396 p. c.

(2) Nelle campagne il dritto di chiudere il proprio fondo è illimitato; ma la sicurezza comune, il bisogno di prevenire le contestazioni che cagionerebbe una vicinanza troppo immediata, la troppo grande facilità delle comunicazioni àn dettato un'eccezione a questi principi. L'art. in esame permette a ciascuno di costringere il suo vicino a costruire un muro comune per separare le loro case cortili e giardini situati nelle città e loro sobborghi, per qualunque tempo siesi stato senza tale separazione.

(3) Se i due fondi limitrofi sono di altezza ineguale, può sorgere la quistione come dovrà determinarsi la contribuzione alla costruzione o riparazione del muro. Pardessus, n. 150 opina, che lo scioglimento di tal difficoltà dipende quando non avvi alcun titolo, dalla situazione de'luoghi; se il muro che sostiene il fondo superiore è disposto come un terrazzo, il proprietario superiore n'è solo gravato; se la disposizione de'luoghi o una particolare convenzione grava il proprietario inferiore del mantenimento del muro, debbe adempiere a questa obbligazione sino al livello del suolo che il muro sostiene; il muro di chiusura è poscia inalzato all'altezza legale al di sopra del suolo più elevato, senza che il suolo del terrazzo ne faccia parte, e questa porzione è sola a spese comuni; colui che nulla possiede nel muro di terrazzo non dee dar conto del peso che questo muro riceve da quello di chiusura a principiar dal suolo più elevato; questo peso è una conseguenza naturale della disposizione de'luoghi. Toullier t. 3, n. 162 avea dapprima insegnata una dottrina contraria, ma dichiara in una nota di esser preferibile quella di Pardessus. È questa anche l'opinione di Duranton, t. 5, n. 319, nota 3. Il solo Delvincourt lib. 2, tit. 4, nota 56 insegna che in ogni caso il muro debb'essere costruito o riparato a spese di amendue i proprietari dalle sue fondamenta che sono nel suolo più basso, mentre conviene che l'altezza determinata dalla legge debbe misurarsi dal suolo più elevato.

(4) Le espressioni *case corti e giardini* non sono esclusive, secondo Pardessus, n. 148; così che, secondo lui, niuno potrebbe negarsi a tale chiusura, sotto pretesto che la sua proprietà, benchè situata nel recinto di una città o de'suoi sobborghi, non fosse precisamente della specie di quelle che nomina questo articolo: è questa anche l'opinione di Duranton t. 5, n. 319 nota 2, il quale cita in appoggio di essa un arresto della Cassazione de' 27 novembre 1827, Sirey. 28-1-122. Ma secondo Toullier t. 3, n. 165, e Delvincourt lib. 2 tit. 4, nota 56 la disposizione dell'art. non è suscettiva di veruna estenzione: devesi applicare alle *case*, a' *cortili* ed a' *giardini*, e non già a' campi coltivati o a' prati, siti ne' sobborghi dietro le case ed i giardini. Quest'ultima opinione sembra più ragionevole e conforme al canone che prescrive di non doversi le servitù estendere oltre i termini stabiliti dalla legge.

(5) Per *sobborghi* s'intende la continuità delle case che sono fuori le porte di una città, *continentia urbis aedificia*; l. 2, 87 e 147 ff. *de V. S.* Tostocchè cessa questa continuità, non esistono più sobborghi. In caso d'incertezza le piante formate dalla pubblica amministrazione. la distribuzione e la visita de' luoghi potranno servir di guida a' tribunali. Toullier t. 3. n. 166. Pardessus, n. 148. Paillet, su questo art. Favard rep. v. *sevitude* sez. 2, § 3, n. 1.

più, almeno palmi dodici e mezzo d'altezza, compreso il cornicione; e nelle altre città, palmi dieci (1).

585. Quando i differenti piani (2) di una casa appartengono a più proprietarj, se i titoli di proprietà non determinano il modo delle riparazioni e ricostruzioni, debbono queste farsi nel modo che siegue (3)

I muri maestri (4) ed i tetti (5) sono a carico di tutti i proprietarj, ciascuno in proporzione del valore del rispettivo suo piano (6).

Il proprietario di ciascun piano fa il pavimento su cui cammina (7), co-

---

(1) Quando i vicini sono di accordo, possono costruire il muro sino alla altezza che sembra conveniente, tuttochè inferiore all'altezza determinata da questo art. » La legge (si disse nel consiglio di stato di Francia nella discussione di questo articolo, in Locré 4, p. 168, » n. 20) non fissa l'altezza del muro che pel caso in cui uno de' due proprietari vuole chiudersi in contraddizione dell'altro. Se tutti due sono d'accordo, possono allontanarsi da questa disposizione, e dare al muro l'elevazione che loro piace » V. anche Maleville su questo articolo. Da ciò conchiude Toullier t. 3, n. 162, che nelle città l'obbligazione di chiudere il proprio fondo non è di dritto pubblico, ma di dritto privato.

(2) Il pian terreno, laddove vi sia, è riguardato come un piano. Delvincourt lib. 2, tit. 4, nota 34. Pardessus, n. 193.

(3) Con le disposizioni contenute in questo art. si è abolita la consuetudine di Napoli sotto il titolo *de collat. expensar.* che stabiliva il contributo alla spesa per le riparazioni in proporzione non già del valore di ciascun piano, ma del numero che ne avea ciascun proprietario.

(4) Per muri maestri s' intendono i quattro muri che racchiudono lo spazio della casa, val dire i quattro muri esteriori di un edifizio Sotto un tal rapporto viene la sola fabbrica rustica con i suoi fondamenti, escluse le facciate di stucco o intonico, i cornicioni, i frontispizi, i pezzi d'opera, i balconi: le spese di queste opere che possono variare secondo il gusto de' rispettivi proprietari vanno a carico di ciascuno di essi—Pe' muri interni e divisori i quali sostengono le parti interne dell'edifizio, come i muri maestri, sostengono le parti esteriori, è forza applicare per analogia le stesse regole di proporzione nel contributo delle spese di riparazioni.

(5) Chiamasi *tetto* l'ultima covertura dell'edifizio qualunque esso sia o il lastrico coverto da soffitta di legno con mattoni soprappostivi, o il lastrico scoverto che noi chiamiamo *caroso* ed *inaccessibile*. Le riparazioni e ricostruzioni de' *tetti* non che de' lastrici *carosi* sono a carico di tutt'i differenti piani di una casa, come determina questo art. Ciò però non vale pei lastrici di delizie, ne' quali è aperto l'accesso al solo proprietario del piano, cui appartengono: decisione della Corte suprema di giustizia di Napoli del dì 1 agosto 1826 nella causa tra Angelo e Ferrara.

L'acquisto dell'ultimo piano di una casa col lastrico rispettivo libera questo proprietario da ogni servitù per parte de' proprietari de' piani sottoposti, i quali non possono pretendere l'uso di tale lastrico, se i loro titoli di acquisto non parlano di siffatto diritto: detta decisione della Corte suprema.

Le volte delle cantine e tutt'altro che interessa la solidità e la conservazione della casa, sono a carico di tutt'i proprietari, secondo Pardessus, n. 193, e Delvincourt lib. 2, tit. 4, nota 33—Duranton, t. 5, n. 342, stima che le volte della cantina debbansi risguardare come il pavimento su cui cammina il proprietario del pian terreno, e che quindi debba costui sopportarne solo la riparazione.

(6) Essendo la contribuzione di ciascun piano proporzionata al valore del piano che gli appartiene, per procedervi si stima il valore intrinseco della casa intera, e quello di ciascun piano preso separatamente. Per esempio la casa intera, di quattro piani, vale cento mila duc.; il pian terreno è stimato separatamente 30,000 duc.; il primo piano 40,000 duc.; il secondo 20,000 duc.; ed il terzo 10,000 duc.; il valore del pian terreno essendo eguale a tre decimi del valore totale della casa, il proprietario di questo piano pagherà tre decimi delle riparazioni; il proprietario del primo piano pagherà quattro decimi; il proprietario del secondo piano due decimi, ed il proprietario del terzo piano un decimo. Pardessus, n. 193. Delvincourt lib. 2 tit. 4, nota 35. Toullier t. 3, n. 223. Duranton t. 5, n. 343.

Nella stima non debbesi aver riguardo agli ornamenti ed abbellimenti di ciascun piano. Toullier t. 3, n. 223.

(7) L'obbligo di rifare ciascun pavimento non essendo imposto che a colui che vi cammina al di sopra, il proprietario del pian terreno non è tenuto di alcuna spesa di mantenimento per quest'oggetto. Riguardo a quello dell'ultimo piano, debbe, oltre al mantenimento

me trovasi costrutto, o a volta, o a travi (1).

Il proprietario del primo piano forma la scala che vi conduce: quello del secondo prosiegue la scala dal primo al secondo piano: e così di seguito (2).

V. gli art. 576, 625 e 627.

586. Ricostruendosi un muro comune o una casa, si ritengono le servitù attive e passive, anche riguardo al nuovo muro o alla nuova casa, senza che possano rendersi più gravose, e purchè la ricostruzione siegua prima che sia acquistata la prescrizione.

V. gli art. 1304 e 1306.

587. Tutte le fosse (3) tra due fondi si presumono comuni, se non vi è titolo o segno (4) in contrario.

588. È un segno che la fossa non è comune, se si trovi lo spurgo o il getto della terra da una sola parte della fossa.

589. La fossa è considerata di pertinenza esclusiva di colui, dalla cui parte esiste il getto della terra (5).

---

del pavimento su cui passa, quello del pavimento superiore alla sua soffitta se ne gode solo; se questo serve a diversi individui o a tutti, la riparazione del pavimento si fa proporzionatamente. Pardessus, n. 193. Pailliet su questo art.

L'obbligazione di ciascun proprietario di rifare il pavimento su cui cammina, non importa ch'egli sia tenuto a ristabilire gli abbellimenti del soffitto che trovansi al di sotto, tranne i casi di stipulazione speciale o di frode. Duranton t. 5, n. 343.

La parte al di sotto del pavimento, ossia le soffitte e le volte sono a carico di coloro che occupano l'appartamento o a soffitta o a volta. Delvincourt, lib. 2, tit. 4, nota 36. Pardessus, numero 193.

(1) Le parole *come trovasi costrutto o a volta o a travi* non si trovano nel corrispondente art. 664 del codice francese: desse sono state aggiunte nel nostro art. per maggior chiarezza.

(2) Sembra quest'ultimo comma dell'art. contenere una disposizione onerosa pel proprietario del primo piano, poichè la parte della scala ch'è a suo carico è più frequentata delle altre, e serve a'proprietari de'piani superiori per conferirvisi. La legge à preferito questo leggiero inconveniente a quelli che nascerebbero da una contribuzione relativa, e dalle difficoltà di cui sarebbe essa la cagione.

L'art. non istabilisce il modo di contribuzione sul tetto che covrisse la scala, nel caso in cui fosse collocata esteriormente: opinasi che ogni proprietario vi contribuirebbe egualmente pel suo piano.

L'art. neanche à determinato il modo come si debba concorrere alle spese di riparazioni de'corritoj, delle porte, de'pozzi, degli acquidotti, delle latrine e di altre cose comuni. Debbonsi a tal riguardo consultare gli usi locali: in tutti i casi, sembra giusto che le spese di mantenimento e di riparazioni sieno proporzionatamente imposte a coloro che ànno il godimento comune di tutte queste cose. Toullier t. 3, n. 225. Delvincourt, lib. 2, tit. 4, nota 33. Pailliet su questo art. Favard rep. v. *servitude*, sez. 2, § 4, n. 9. V. la nota alla pag. 191, n. 5.

(3) Sonovi parecchie specie di fosse: alcune servono allo scolo delle acque piovane, il cui ristagno sarebbe nocevole a'fondi coltivati. Queste fosse sono sottoposte alle regole relative alle acque piovane che scorrono da'burroni. Pardessus, n. 182, e Pailliet su questo articolo.

Le fosse che formano l'oggetto speciale di questo art. sono quelle che servono a chiudere e separare i fondi. La loro larghezza si presume presa sopra ciascuno de'fondi che separano, e perciò la legge le presume comuni.

(4) Gli art. 588 e 589 determinano i segni di non comunione, e sono modellati, perciò che riguarda la relazione, sugli art. 574 e 575 relativi al muro comune. Questi segni adunque sono limitativi. Pardessus, n. 183. Favard, rep. v. *servitude*, sez. 2, § 4, n. 11. Duranton t. 5, n. 354 e 355.

(5) Per la ragione che avendo il proprietario gettato le terre dal suo lato, la presunzione è, che à fatto solo dal suo lato la fossa, mentre non poteva costringere il vicino nè a chiudersi, nè a ricevere le terre. Per la stessa ragione se vi è getto da ambo le parti, o se non vi è getto alcuno, ed il terreno sia unito da ciascuna parte, allora la fossa si reputa comune, e la linea di mezzo forma la separazione tra i due fondi. Pardessus, n. 183. Toullier t. 3, num. 226.

Nello stesso modo che pel muro, la comunione della fossa cesserebbe col possesso di più di trent'anni. Pardessus, n. 183. Duranton t. 5, n. 352. Riguardo al possesso annuale potrebbe a prima vista dubitarsi se possa far mantenere il possessore, fino alla prova contraria dell'altro vicino, poichè il legislatore non l'à permesso nell'art. 587, come lo à fatto

590. La fossa comune dee mantenersi a spese comuni (1).

591. Ogni siepe (2) divisoria de' fondi è riputata comune (3), eccettuato il caso in cui un solo fondo fosse in istato di essere cinto (4), o non si abbia titolo o possesso (5) sufficiente in contrario.

V. l'art. 594 ll. cc., e l'art. 445 leg. pen.

592 Non è permesso di piantar alberi di alto fusto (6) se non alla distanza prescritta da' regolamanti particolari attualmente vigenti, o dalle usanze del paese costanti e ricevute; ed in mancanza degli uni e delle altre, alla distanza di palmi sette e mezzo dalla linea di separazione di due fondi, per gli alberi di alto fusto, e palmi due per gli altri alberi e siepi vive.

In quanto agli alberi piantati sulle strade, ved. il decreto de' 15 aprile 1812.

V. l'art. 445. leg. pen.

593. Il vicino può esigere che gli alberi e le siepi piantate ad una distanza minore sieno estirpate (7).

---

nell'art. 591 relativo alle siepi. Ma dileguano ogni incertezza gli art. 22, n. 2 della leg. organica giudiziaria de'29 maggio 1817, e 103 e 142 proc. civ. i quali conferiscono l'azione possessoria per usurpazione di fosse, come per usurpazione di siepi. Pardessus, n. 183. Duranton t. 5, n. 356. Dalloz, *rec. pér* 1826, 2, 88.

(1) Si può rinunciare alla comunione della fossa per dispensarsi dal contribuire al suo mantenimento, a meno che la fossa non serva per condotto di acqua. Se dopo la rinuncia il vicino non mantiene la fossa in buono stato, può l'altro riprendere la comproprietà. Pardessus, n. 184 e 185. Duranton, t. 5, n. 360.

Colui che à rinunziato alla comunione della fossa non potrebbe costringere il vicino a rivendergli la comunione, poichè la vendita forzata non può pretendersi che ne' casi espressamente determinati dalla legge. Pardessus, n. 185. Pailliet su questo art. Duranton t. 5, num. 363.

Secondo Pardessus, n. 182 e 185 uno de' proprietari non può chiedere la divisione della fossa per servirsi della metà che gli appartiene. Ma Duranton, t. 5, n. 361 opina ragionevolmente che la comunione si può sciogliere per la volontà di un solo, a meno che la fossa non avesse una destinazione che la rendesse indispensabile al servizio de' due fondi.

Colui che fa una fossa è tenuto di lasciare uno spazio bastevole fra il margine della fossa ed il fondo del vicino, onde impedire che si sfranassero le terre. Toullier, t. 3, n. 227. Pardessus, n. 186. Pailliet su questo art. Duranton, t. 5, n. 364.

(2) Si nomina *siepe*, una chiusura di spini; di rovi o di altri arboscelli, e qualche volta anche de' rami secchi. La siepe secca o morta è quella fatta con dei legni tagliati: la siepe viva è quella ch'è fatta con degli arboscelli vivi.

(3) È una conseguenza necessaria della comunione, che la manutensione della siepe deve essere a spese comuni: le legna che provengono dal taglio e le frutta degli alberi debbono dividersi tra i comproprietari. Pardessus, n. 187.

La siepe non può distruggersi dalla volontà di un solo de' proprietari, secondo Duranton t. 5, n. 381, benchè abbia manifestato una opinione contraria per la fossa comune: vedi la nota 1 di questa pagina. Egli concilia queste due dottrine sulla considerazione che, se è sempre facile di stabilire o slargare una fossa, non è parimente agevole d'inalzare una nuova siepe, la cui crescenza è sempre lentissima.

(4) Val dire chiuso da tutte le altre parti, di modo che sia naturale dedurne, che la siepe la quale forma l'oggetto della difficoltà è il compimento di questa chiusura. Quindi, secondo Duranton, t. 5, n. 368 non sarebbe comune una siepe, qualora si trovasse tra un fondo cinto da siepi da tutte le parti, ed un fondo cinto da una fossa, e che non fosse immediatamente contiguo alle siepi che da una parte. V. anche Pardessus, n. 188; Delvincourt, lib. 2, tit. 4, nota 78.

(5) Di un anno, art. 103, 127 e 142 proc. civ. Pardessus, n. 188: Toullier t. 3, n. 229: Pailliet su questo art.: Delvincourt ibid., nota 78: Duranton t. 5, n. 370 — *Cont.* la cassazione di Parigi che con arresto del dì 17 gennajo 1838 à deciso, che una siepe divisoria di due fondi essendo riputata comune, eccetto il caso di titolo o possesso sufficiente in contrario, fa d'uopo per distruggere questa presunzione della legge, in mancanza di titolo, un possesso trentenario, essendo insufficiente il possesso annuale.

(6) Di alto fusto, sono gli alberi delle seguenti specie, cioè *querce, roveri, farnie, eschi, elci, cerri, zappini, abeti, pini, olmi e faggi*: art. 31 della legge de' 21 agosto 1826 sulle foreste: vedi il rep. di Merlin, v. *arbre*.

(7) Nulladimeno il dritto di conservarli risulterebbe da una specie di destinazione del padre di famiglia, (art. 613), se si provasse che gli alberi esistevano al momento in cui i due fondi appartenenti al medesimo proprietario, sono stati venduti: Duranton, t. 5, n. 389. Il vicino

Quegli sul cui fondo s'inoltrano i rami degli alberi del vicino, può costringerlo (1) a tagliarli (2).

Se poi le radici s'inoltrano nel suo fondo, può egli stesso tagliarle.

594. Gli alberi situati nella siepe comune sono di ragione comune come la siepe; e ciascuno de' due proprietarj può chiedere che sieno abbattuti.

SEZIONE II.

Della distanza e delle opere intermedie richieste in alcune costruzioni.

V. gli art. 578 e 583.

595. Quegli che fa scavare un pozzo o una laterina presso un muro, sia o non sia comune, e quegli che vuole costruirvi cammino o focolare, fucina, forno o fornello, o appoggiarvi una stalla, o formare al dorso di questo muro un magazzino di sale, o un ammasso di materie corrosive, ha l'obbligo di lasciarvi la distanza prescritta da' regolamenti e dagli usi particolari, e di far le opere prescritte da' medesimi regolamenti ed usi per non apportar danno al vicino (3).

---

che à sofferto per 30 anni che gli alberi fossero piantati ad una distanza minore della legale non può domandare che sieno estirpati, perciocchè il dritto di conservare gli alberi può considerarsi come una servitù continua ed apparente, capace di acquistarsi con la prescrizione, art, 611. Maleville su questo art. Toullier, t. 3, n. 515. Pardessus, n. 195. Duranton t. 5, n. 390.

È quistione se, scorsi i trent'anni dalla piantagione, gli alberi si seccassero, il proprietario che li avesse piantati senza osservare la distanza, possa rimpiazzarli con altri, neppure serbando la distanza legale. Per l'affermativa sono Pardessus, n. 195; Toullier, t. 3, n. 515; Favard, rep. v. *servitude*, sez. 2, § 1, n. 2. *Contra* Duranton, t. 5, n. 391.

(1) Citandolo innanzi al tribunale del luogo dov'è sita la cosa litigiosa: art. 152, proc. civ. Non può quindi troncarli da se medesimo; e la Corte di Cassazione di Parigi con arresto dei 15 febbrajo 1811 decise, che il vicino il quale si permette di tagliare i rami che s'inoltrano sul suo terreno commette un delitto punibile correzionalmente. (Giurisprud. del cod. civ. tom. 18, p. 395).

(2) Non essendosi tagliati i rami, il proprietario può cogliere i frutti nel suo fondo: il vicino non può coglierli sull'albero. Circa i frutti che non possonsi cogliere che nel campo del vicino, Pardessus, n. 196, Toullier, t. 3, n. 517 e Favard, rep. v. *servitude*, sez. 2, § 5, n. 4 sono di avviso, che il proprietario per andare a coglierli può esigere dal vicino il necessario passaggio. Delvincourt, lib. 2, tit. 4, nota 107 nega questo dritto nel solo caso in cui il fondo è chiuso. Duranton, t. 5, n. 400 sostiene che il proprietario non può in alcun caso chiedere il passaggio, perchè il codice non glie l'accorda a tal riguardo. In quanto a' frutti caduti da' rami, il vicino può raccoglierli come cosa rinvenuta, come indennità del danno che i rami possono avergli cagionato.

(3) Le regole stabilite in questo art. sono la conseguenza del principio che non bisogna esporre la cosa comune ad alcun pericolo, nè arrecar danno al vicino. Le precauzioni quindi di cui è parola in questo art. sono la garantia della conservazione della proprietà comune.

Anche quando si sono osservate le dovute distante e le precauzioni prescritte, nè si è trascurato alcun mezzo per evitare il danno che può accadere, se le costruzioni arrecassero danno al vicino, devesi riparare conformemente all'art. 1336; l. 24, § 12, ff. *damn. inf.*; l. 27, § 10 ff. *ad leg. aquil.* Pardessus, n. 201. Toullier, t. 3, n. 332. Delvincourt, lib. 2, tit. 4, nota 88. Favard, rep. v. *servitude*, sez. 2, § 4, n. 4.

Per risolvere la quistione se le parti possono con particolari disposizioni derogare alla disposizione dell'art. in esame, convien distinguere: se la proibizione riguarda il solo interesse particolare, le parti possono stabilire ciò che loro piace; ma se la costruzione potrebbe compromettere la sicurezza pubblica, allora è indubitato che le parti non possono modificare quanto dalla legge è stabilito, art. 7. Garand de Coulon, nel rep. di Merlin, v. *servitude*, § 13, n. 3. Toullier, t. 3, n. 591. Delvincourt, lib. 2, tit. 4, nota 88. Pardessus, n. 201.

SEZIONE III.

Del prospetto nel fondo del vicino (1).

596. Uno de' vicini non può senza il consenso dell'altro formare nel muro comune alcuna finestra o apertura in qual si sia maniera, anche con invetriata fissa (2). V. l'art. 578.

597. Il proprietario di un muro non comune contiguo al fondo altrui potrà formare in questo muro delle luci o finestre con inferriate ed invetriate fisse. Ciò tuttavolta non indurrà veruna servitù a danno del vicino, il quale potrà

---

(1) I. L'interesse pubblico e le leggi del buon vicinato àn dato luogo alle disposizioni delle servitù legali di *veduta* e di *luci*. Famosa fu la costituzione di Zenone (*) con la quale quest'imperadore volendo provvedere alla forma degli edifizi nella città di Costantinopoli stabilì, che dovendosi rinnovare le proprie case, o farne altre di pianta, non si eccedesse la forma antica, ed in maniera da non togliersi il lume o il prospetto a'vicini, tranne il patto in contrario; l. 12, §. 1. Cod. *de aedificiis privat*. Volle quindi che si lasciasse lo spazio di dodici piedi; e se coll'elevazione dell'edifizio veniva a togliersi il prospetto del mare, diretto e da ogni lato della casa (tranne dalla cucina o da altri luoghi ignobili della casa, nel quale caso bastava la distanza di dodici piedi), in maniera che si astringeva il vicino, che lo vedeva o seduto o all'impiedi nella sua casa, a guardarlo obliquamente, dovea lasciarsi l'intervallo di cento piedi; l. 12, § 2 e 4 Cod. *eod*. Questa legge di Zenone fu estesa da Giustiniano a tutte le province dell'impero: l. 13, Cod. *eod*. E con la novella 95 lo stesso Giustiniano ordinò che il divieto di togliere fra i cento piedi l'aspetto diretto del mare si estendesse ancora all'aspetto traverso ed obliquo — Il Greco interpetre Armenepulo estese la costituzione di Zenone anche al prospetto de' monti, e questa opinione piacque a Cujacio; ma non ebbe altri seguaci.

II. Le consuetudini napoletane stabilirono la distanza di dodici palmi: consuetud. *si quis* 2. In riguardo alle vedute del mare, il sacro consiglio nel conflitto di molte opinioni usava un temperamento di equità, giudicando valevole la distanza di cento piedi se la veduta del mare in tutto o direttamente s'impedisse; ne ometteva la considerazione quando rimaneva libera in qualche parte della casa: Carlantonio de Rosa, *Pratica civile dei decreti*, cap. XIII, n. 48—Ma si conobbe in processo di tempo che in un regno che forma una penisola, l'arbitrio del giudicare per le vedute del mare era dannoso alle fabbriche; e quindi con rescritto de' 24 agosto 1776 si dichiarò nullo quanto avea quel tribunale disposto, e si fece lecito ad ognuno di fabbricare, ancorchè si fosse tolta la vista del mare, purchè si lasciasse la distanza di dodici palmi in Napoli e suoi casali, per la consuetudine *si quis* 2, e di dodici piedi nelle province, secondo la l. 12, § 4 Cod. *de aedif. priv*.

III. Il nuovo codice è partito da principi uniformi nello stabilire le servitù legali di *veduta* o di *luci*. La parola *veduta* denota, in dritto, ogni specie di apertura che abbia per oggetto di procurare lume ad un edifizio. Si dà il nome di *luci* a delle aperture meno considerevoli, o disposte in maniera che servono piuttosto ad illuminare un luogo, che a procurargl'il mezzo di vedere all'esterno. Nel dritto romano è nota la servitù del lume esercibile per mezzo di finestrini, o luci comprese sotto la voce generale *lumina*, l. 4, 15, 16, 22 ff. *de servit. urb. praed*. L'imperatore Zenone nella sua costituzione in l. 12, § 2, C. *de aedificiis privatis* li denomina *fenestras luciferas*; e le consuetudini napoletane colla voce barbara *dossitiae*, quasi fatte nel dorso del muro, *consuet. inter servitutes, de apertur. non faciend*—Le servitù di *veduta* e quelle di *luci* formano l'oggetto di questa sezione.

(2) La disposizione di questo art. si applica tanto a' muri che dividono terreni scoperti, quanto a quelli che separano case o appartamenti, poichè la proibizione di fare aperture sul muro comune è meno fondata su'motivi di sicurezza comune, che sul principio il quale stabilisce che un muro comune appartenendo a due, un solo non può disporne senza il consenso dell'altro. Toullier, t. 3, n. 520. Pardessus, n. 211.

(*) Dubitarono dell'autenticità della *costituzione* di Zenone il Cardinal de Luca *de servit*. dis. 1, 11 e 111, e Michelangelo Gizzio nelle osservazioni alla decis. 50 del Reggente Capocelatro, qualificandola per una spiritosa invenzione di Antonio Conzio. Questa opinione fu rigettata da' buoni interpetri; vedi la detta decis. 50 di Capocelatro, e le note di Biagio Altimari alla decisione 92 del Rovito.

*

chiuderle, appoggiandovi il suo edifizio, a'termini degli articoli 581 e 582 (1).

Queste finestre debbono esser munite di cancelli di ferro, le cui maglie avranno tre pollici ed otto linee di apertura al più, ed un telajo ad invetriata fissa.

598. Queste finestre o luci non si possono collocare a minore altezza di palmi dieci al di sopra del pavimento o suolo della camera che si vuole illuminare, se questa è a pian terreno; e di palmi sette e mezzo al di sopra del pavimento, se questa è ne' piani superiori (2).

599. Non possono aprirsi vedute dirette o finestre a prospetto, nè balconi o altri simili sporti sul fondo chiuso o non chiuso del vicino (3), se tra il detto fondo ed il muro in cui si formano le dette opere, non vi è la distanza di dodici palmi (4).

V. la nota 1, pag. 204 a 207.

(1) È stata una grave controversia tra gli scrittori del dritto francese se colui che acquistava la comunione del muro, giusta l'art. 582, ove vi erano delle luci formate, poteva farle chiudere. Delvincourt, lib. 2, tit. 4, nota 73, e poscia Duranton t. 5, n. 335 seguendo la dottrina di alcuni antichi scrittori del dritto consuetudinario, insegnarono l'affermativa. La negativa fu adottata da Toullier, t. 3, n.527, Merlin rep. v. *vue*, § 3 n. 8, e da Pardessus, n. 211. Il nostro legislatore à fatto sparire ogni difficoltà, aggiungendo all'art. le parole: *ciò tutta volta non indurrà* ec.

(2) I dieci o sette palmi e mezzo di cui parla l'art., partono, secondo il testo della legge, dal pavimento della camera che vuolsi illuminare. Sembra risultare da ciò, che qualunque sia l'altezza della parte del vicino, di cui il suolo potrebb' essere a livello col fondo del proprietario che apre le luci, basta che la distanza sia osservata nella casa di colui che forma le luci: Pardessus, n. 210, e Delvincourt, lib. 2, tit. 4, nota 114. Ma Toullier t. 3, n. 526, e Favard rep. v. *servitude*, sez. 2, § 6, n. 1 opinano per lo contrario, che l'altezza debba calcolarsi dal terreno più elevato.

L'art. non contiene alcuna disposizione sulla estensione delle aperture: conviene conchiudere che ognuno può darle quella larghezza, altezza e dimensione che gli piace, purchè si osservi la distanza a partire dal suolo. Pardessus, n. 210. Toullier t. 3, n. 525. Delvincourt lib. 2, tit. 4, nota 114.

Se le luci sono destinate ad illuminare una scala debbono seguirne la direzione, e la distanza si calcola dallo scalino più elevato. In quanto agli spiragli delle cantine, non sempre si può dare alle volte da essi illuminate l'altezza voluta dalla legge; il vicino che non ne provasse pregiudizio, non sarebbe ammesso a querelarsi. Pardessus, n. 210, e Pailliet su questo art.

(3) Nell' interesse della sicurezza e tranquillità del vicino, la legge vieta in una determinata distanza di aprir vedute: quindi se colui che forma una finestra vi pone innanzi un muro che impedisce la veduta sul fondo del vicino, il proprietario di questo non à dritto di lagnarsi. Ma se si abbassa il muro, la legge riprende la sua applicazione, anche quando lo stato delle cose sussistesse da 30 anni: la prescrizione non comincerebbe a decorrere che dal dì del cambiamento. Toullier, t. 3, n.528. Delvincourt, lib. 2, tit. 4, nota 118. Duranton, t.5, n.409.—Nello stesso modo debbe decidersi se il muro intermedio appartiene non a colui che à fatto le vedute, ma all' altro vicino. Toullier, t. 3, n. 528. Pardessus, n. 204. Duranton, t. 5, n. 410. *Contra* Delvincourt ibid.

(4) I. Le regole di distanza prescritte da questo art. e'l seguente ànno luogo anche pe' fondi rustici. Tanto risulta chiaramente e dalla generalità delle parole di cui si servono questi articoli, e dalla maniera con cui si espresse l'oratore del governo, Berlier (in Locré 4, p.181, n. 14) presentando al corpo legislativo il progetto del titolo *delle servitù*: « talune voci, » egli disse, aveano su questo punto, reclamato modificazioni per le abitazioni campe» stri; ma una misura comune e moderatamente stabilita à sembrato dover reggere indistin» tamente le abitazioni delle campagne come quelle delle città, poichè l'ordine pubblico » veglia egualmente per le une e per le altre ». V. anche Merlin, rep. v. *vue*, § 3, n. 6.

II. La distanza di dodici palmi non sarebbe obbligatoria se esistesse tra i due fondi una strada o cammino pubblico, perciocchè è permesso di aver finestre sopra una strada o via pubblica. L'ornamento delle città e la sicurezza pubblica esigono che si aprano finestre su le strade e su le vie per avvertire coloro che passano, ch'essi sono sotto l'occhio del pubblico, anzi che inalzarvi muri ciechi che tolgano la veduta di ciò che ivi si faccia; nè si può dire che l'un predio sia all'altro vicino, quando amendue sono accosto ad un cammino che li divide. Questa opinione degli antichi comentatori delle consuetudini di Francia, Desgodets, Cochin e Bou-

600. Non si possono aprire vedute laterali o obblique sul medesimo fondo a minor distanza di palmi due e mezzo (1).

601. La distanza di cui si parla ne' due precedenti articoli, si computa dalla faccia esteriore del muro (2) in cui si fa l'apertura; e se vi sono balconi o altri simili sporti, dalla linea esteriore sino alla linea di separazione de' due fondi (3).

---

rjon, e del nostro Napodano sulla consuetudine *si quis habet*, è oggi ammessa da tutti i giureconsulti francesi. Merlin, rep. v. *vue*, § 2, n. 1. Toullier, t. 3, n. 528. Delvincourt, l. 2, t. 4, nota 119. Duranton, t. 5, n. 412. Pardessus, n. 204, 5. edizione: quest'ultimo autore avea sostenuto nelle prime due edizioni una opinione contraria avvalorata da una decisione della corte di Nancy de' 25 novembre 1816, Sirey, 1817, 2, 511. E presso di noi questa teorica trova altresì fondamento nel decreto de' 21 giugno 1826 (v. la nota n. 3, pag. 205 e 206) secondo il quale non può aversi l' introspetto ne' monasteri a qualunque distanza, *ancorchè i predi fossero separati da strade:* questa eccezione dunque conferma la regola che negli altri casi non si deve osservare la distanza, quando tra i predi vi è la strada pubblica—La Corte suprema di giustizia di Napoli intanto con arresto di rigetto del dì 5 settembre 1835 (nella causa tra de Biase e Vato) à deciso, contro la dottrina della scuola francese, che il divieto dell'art. 599 è in termini generali, nè essendo permesse le distinzioni che la legge non riconosce, la circostanza che il suolo intermedio sia strada pubblica, non distrugge il divieto della legge.

III. L'obbligo di conservare la distanza avendo rapporto al solo interesse de' particolari può cessare acquistando la servitù di veduta, col titolo o colla prescrizione. Garand de Coulon, v. *servitude*, § 13 n. 3: Toullier t. 3, n. 529, 530 531 e 591: Pardessus, n. 208: Favard, rep. v. *servitudes*, sez. 2, § 6, n. 2—Ma colui che à acquistato il dritto di aprir finestre sul suo terreno, ad una distanza inferiore a quella che prescrivono questo art. ed il seguente, à egli mai, perciò solo, acquistato una servitù di veduta contro il suo vicino; e può mai in conseguenza impedire al suo vicino di alzare un muro o un edifizio il quale renda inutile l'uso di queste finestre? Secondo alcuni scrittori bisogna distinguere, se la veduta si è acquistata con un titolo o col possesso di 30 anni. Nel primo caso il titolo regola l'estensione del dritto, e se nol determina, deve sempre intendersi nel senso che non renda la concessione inutile. Nel secondo caso si conviene da Merlin questions de droit, v. *servitude* § 3, Toullier t. 3, n. 534, Pardessus, n. 285, e 312, Dalloz v. *servitude* sez. 3, art. 4, che la prescrizione del dritto di veduta non impedisce al vicino di fabbricare in modo di otturare le vedute colle sue costruzioni, pel principio che non si prescrive se non quello che si è posseduto: *tantum prescriptum, quantum possessum*. In questo modo decise la Cass. di Parigi con arresti de' 10 gennajo 1810, 23 aprile 1817; la corte di Nimes a' 21 dicembre 1826, la corte di Anger a' 12 aprile 1826, e la Corte di Pau, a' 12 aprile 1828.—Duranton, t. 5, n. 326, à dottamente confutato questa dottrina, dimostrando con solidi argomenti che il vicino non può alzare un muro che renda inutile l'uso delle finestre che il vicino à aperto da più di 30 anni, ad una distanza minore di dodici palmi.; ed in questo senso decise la Corte di Bordeaux a' 10 maggio 1822, 1 dicembre 1827, 8 maggio 1828, e quella di Montpellier a' 28 dicembre 1825. La nostra Corte Suprema col citato arresto de' 5 settembre 1835 à su questa quistione stabilito, ch'esistendo da tempo immemorabile le aperture di finestre a prospetto, non possa il proprietario che gli sta vicino *inutilizzare* queste finestre fabbricando dirimpetto, a distanza minore di palmi dodici.

(1) La costruzione de' balconi, sebbene laterali, può favorire la servitù diretta. Quindi verificandosi, sotto l' aspetto di servitù laterale, l'effetto della diretta, si rende applicabile l'art. 599: decisione della corte suprema di giustizia di Napoli de' 24 luglio 1827, nella causa tra Grimaldi e Donato. Pardessus, n. 207; Duranton, t. 5, n. 413.

(2) La distanza dev' essere computata *dalla faccia esteriore del muro* in cui si fa l'apertura nelle vedute dirette, e non è stata intenzione del legislatore di applicare la medesima disposizione alle vedute laterali o oblique, malgrado la generalità dell' espressioni dell' art. Per le vedute laterali la distanza di due palmi e mezzo si conta dal pilastro o sostegno della finestra dalla parte del detto fondo sino alla linea separativa de' due fondi. Se fosse altrimenti, tutte le vedute laterali sarebbero interdette, poichè a qualunque distanza della proprietà vicina fossero fatte, si troverebbero sovente esserle in un muro che toccherebbe immediatamente il fondo del vicino. Pardessus, n. 207. Duranton, t. 5, n. 413. Se poi lo sporto fosse uno balcone che procurasse una veduta diretta, vedi la nota precedente.

(3) Questo art. determina come debbonsi determinare le distanze fissate a norma de' due articoli precedenti. Le parole *dalla linea esteriore sino alla linea di separazione de' due fondi* debbonsi intendere così. Se i due fondi sono separati da un muro, o da una siepe o da

SEZIONE IV.

Dello stillicidio.

V. l'art. 573. 602. Qualunque proprietario dee far costruire i tetti in maniera che le acque piovane scolino sul suo terreno o sulla via pubblica: egli non può farle cadere sul fondo del suo vicino, purchè non vi sia costituita servitù (1).

SEZIONE V.

Del diritto di passaggio (2).

603. Il proprietario i cui fondi sono chiusi da ogni parte, e che non ha

---

una fossa appartenente a colui che vuol formare le vedute, la distanza si computa sempre dalla faccia esteriore del muro. Se il muro, la siepe, la fossa sono comuni, la distanza cominciasi a computare dal mezzo di questi oggetti, sino al punto in cui comincia la proprietà esclusiva del vicino. Questa interpetrazione si raccoglie dalla compilazione del progetto dell'art., alla quale se fu sostituita quella che si legge, dietro la conferenza che ebbe luogo a tal proposito tra la sezione di legislazione del consiglio di stato e la sezione di legislazione del tribunato, non cessa di presentare lo stesso senso. Locré 4, p. 162, art. 42, e pag. 176, n. 15. Merlin, rep., v. *vue*, § 2, n. 7. Pardessus, n. 205, Duranton, t. 5, n. 408.

(1) La servitù di *stillicidio* è il dritto pel quale il fondo del vicino è tenuto a ricevere lo scolo del nostro tetto. La servitù di non ricevere un tale scolo, *stillicidii non recipiendi*, è il dritto pel quale si vieta al vicino di dirigere la grondaja del suo tetto sul suolo del vicino. I principi regolatori di queste due servitù si applicanò alla servitù di ricevere un canale, *fluminis recipiendi*, ed a quella di non ricevere un canale, *fluminis non recipiendi*, imperciocchè tra lo stillicidio e il canale vi è la sola differenza del meno al più. Nella servitù di stillicidio l'acqua cade gocciolando dal tetto; in quella del canale, *fluminis*, l'acqua piovana à un corso rapido e continuo ne' canali usati a riceverla. Einnecio, *recit*, § 404.

Il codice stabilisce la servitù legale *stillicidii non recipiendi*. Se le due possessioni quindi sono contigue, é mestieri lasciare uno spazio (il quale si presume quindi di proprieta di colui che dà lo scolo alle acque, Pardessus, n. 213 214 e 215) per lo scolo delle acque piovane, la cui larghezza dovrebb'essere fissata da' periti: d'ordinario è del doppio dello sporto del tetto. Toullier, t. 3, n. 537 e 538. Pardessus, n. 212. Favard, rep. v. *servitude*, sez. 2, § 4, n. 15. Duranton, t. 5, n. 415. Se i terreni sono in pendio, il proprietario inferiore è nell'obbligo di ricevere le acque piovane, poichè essendo il loro scolo l'opera della natura, è applicabile l'art. 562. Pardessus, n. 213.

La proibizione di lasciare scolare le acque del tetto sul terreno del vicino ha luogo, *purchè non vi sia costituita servitù*. Queste parole aggiunte a maggior chiarezza nel nostro art. dimostrano che può acquistarsi la servitù dello stillicidio. La servitù dello stillicidio si acquista o col titolo o colla prescrizione: quando si acquista con la prescrizione, il possesso forma la regola: *tantum prescriptum, quantum possessum*. Quindi il proprietario del fondo dominante non può aggravare la servitù, e quello del fondo serviente non può intraprendere cosa che nuoccia all'uso di essa. Toullier, t. 3, n. 541 542 e 543. Ved. la nota 1, pag. 225 e 226.

Malgrado la servitù di stillicidio, il proprietario del fondo serviente può acquistare la comunione del muro dell'edifizio dominante, ma non può fabbricarvi accanto, nè inalzarlo in modo da togliere le gronde e lo stillicidio: Toullier, t. 3, n. 546: Favard rep. v. *servitude*, sez. 2, § 4, n. 15. E di già nella nostra consuetudine *si quis habens* tit. *de aperturis non faciendis* era stabilito che il proprietario del cortile o dell'orto nel qualo cadeva l'acqua dal tetto o terrazzo del proprietario vicino, poteva inalzarvi un edifizio attaccandolo al muro vicino, ma giungendo al tetto o terrazzo dovea scostarsi per un palmo, onde avesse luogo lo scolo delle acque.

(2) Le principali delle servitù prediali *rurali* erano tre per dritto romano: il semplice passaggio, *iter*; il passaggio per trasporto, *actus*, e la via, *via*. Tutte consistevano nel dritto di passare nel fondo altrui: ma differivano tra loro per l'uso, per lo spazio e per le relazioni rispettive:

1.° *Per l'uso:* se si avea il semplice passaggio, *iter*, potevasi camminare e passeggiare, ma non condurre una bestia da soma o un carro sul fondo soggetto; l. 1, pr. ff. *de servit. praed. rustic.* Se si avea il dritto di passaggio per trasporto, *actus*, potevasi non solo cam-

veruna uscita sulla via pubblica (1), può dimandare un passaggio (2) su'fondi de'suoi vicini (3) per la coltivazione del suo podere, assumendo il peso V. gli art. 569 e 573.

---

minare e passeggiare sul fondo, ma farvi passare ancora gli animali o un carro, tranne le grosse vetture, l. 1, e 12 ff. *eod.*—Se si avea il dritto di via, *via*, si poteva non solo passeggiare, far passare armenti o un carro sul fondo, ma benanche condurvi animali e grosse vetture; l. 1, ff eod. Inst. princ. *de servit. praed. rustic.*

2.° *Per lo spazio*. La *via*, secondo le leggi delle XII Tavole, non avea meno di otto piedi di larghezza quando era diritta, e di sedici nelle curvature. Bisognava che vi si potesse portare senza ostacolo un asta in tutta la sua altezza, cioè, che una grossa vettura carica potesse circolarvi senza difficoltà; e se de'rami di alberi imbarazzavano il suo passaggio, potevano esser tagliati dal possessore del fondo dominante sino all'altezza necessaria per facilitare il passaggio della vettura; l. 7, e 8 ff. *de servit. praed. rustic.* — L'*actus* avea quattro piedi di larghezza, giusta la testimonianza di Varrone, *de lingua latina*, lib. 4, cap. 4.—Gl'interpetri non àn potuto determinare quale fosse la misura del semplice passaggio, *iter*; ma è verosimile di credere che fosse di due o tre piedi.

3.° *Per la relazione rispettiva*. Chi avea la via, avea nel tempo stesso il passaggio per trasporto ed il semplice passaggio, *actus et iter;* chi avea il passaggio per trasporto, *actus*, avea il semplice passaggio, *iter*, e non la via; chi avea il semplice passaggio, *iter*, non avea ne l'*actus*, nè la *via*; perchè necessariamento colui che à il più devo avere il meno, l. 21, ff. *de reg. jur.*—Vedi Einnecio nelle note a Vinnio, Inst. princ. *de servit. praed. rustic. et urban.*, e nelle Recitazioni, § 408 a 410.

Siffatte specie di servitù potevano essere stabilite per fatto dell'uomo.—Vi erano però de'casi in cui la legge obbligava il proprietario di un fondo a concedere all'altro la servitù di passaggio, mediante una indennità da fissarsi dal giudice. Tali erano: 1.° quando si fosse avuto un sepolcro nell'altrui fondo senza potervi avero l'accesso per la via pubblica, l. 12 princ. ff. *de relig. et sumpt.*, o l. 5, ff. *de sepulcro violato*: 2.° quando l'impeto delle acque o altra cagione avesse renduta impraticabile la pubblica strada, l. 14, § 1, ff. *quemad. servit. amitt.*: 3.° e quando si fosse tra più persone diviso un fondo cui era dovuta una servitù di passaggio, conservando lo stesso dritto ciascuno de'condividenti, poteva esercitarlo col passare nelle porzioni degli altri, se la propria non isporgeva sul fondo soggetto, l. 23, § 3, ff. *de servit. praed. rustic.* Da queste ed altre leggi gl'interpetri per equità stabilirono la massima, che in tutt'i casi in cui un fondo era privo di uscita, il proprietario vicino doveva concedere il passaggio col pagamento di una giusta indennità da fissarsi dal giudice. Voet, *ad pandectas*, lib. 8, tit. 3, n. 4. Domat, lib. 1, tit. 12, sez. 1, n. 22.

II. Le consuetudini napoletane riconoscevano la servitù necessaria di passaggio. Quando un fondo circondato da altri poderi non avea un passaggio nella pubblica strada, il proprietario poteva domandarlo al vicino, e questi dovea concederlo. Consuet. *si quis habens*, *de servit.* Colui che otteneva il passaggio dovea pagare il prezzo del luogo che occupava, a giudizio de'periti. Napodano su detta consuetudine, verbo *concedere*, n. 4 o 5.

III. Il Codice nel riconoscere la servitù legale di passaggio à rispettato gli antichi principi. L'interesse generale non permette che i fondi fossero messi fuori il dominio degli uomini, e condannati ad una perpetua sterilità, solo perchè per giugnervi conviene attraversare l'altrui fondo. Debbesi però distinguere il passaggio che la legge concede alla necessità per la coltivazione de'fondi chiusi da ogni parte, dal passaggio di semplice comodità per la coltivazione dei fondi che ànno una uscita sulla via pubblica. Il primo di cui si occupa questa sezione, è una *servitù legale* che non à bisogno di esser giustificata da alcun titolo: i medesimi motivi che àn determinato il legislatore a prescrivere che il proprietario di un muro ne venda la comunione, art. 581, àn dettato le disposizioni relative al passaggio sul fondo altrui. Il secondo viene riputato sempre precario e di semplice tolleranza: è una vera servitù discontinua, che non può acquistarsi senza titolo, art. 609 e 612. Ved. la nota 1, pag. 225, num. II.

(1) Se la pubblica strada fosse divenuta momentaneamente impraticabile, il proprietario debbe dar passaggio sul suo fondo a carico di esser risarcito: *cum via pubblica vel fluminis impetu, vel ruina amissa est, vicinus proximus viam prestare debet*, l. 14, § 1. ff. *quemad. servit. amitt.* Maleville su gli art. 683 e 84. Toullier, t. 3, n. 557. Pardessus, n. 226.

(2) Si noti che la legge costringe il proprietario a concedere *un passaggio*, e non già la proprietà del terreno. Duranton, t. 5, n. 426.

(3) Se la chiusura del fondo risulta dalla vendita o divisione, il passaggio dev'esser dato dal venditore o da'condividenti, senza indennità; l. 23, § 3 ff. *de servit. praed. rustic.*, e l. 41, prin. ff. *de serv. praed. urb.;* arg. degli art. 617, 972 e 1461. Maleville sull' art. 682 cod. franc., Toullier t. 3, n. 550, Delvincourt lib. 2, tit. 4, nota 47, Pardessus, n. 219 nello

di una indennità (1) proporzionata al danno che tal passaggio può cagionare,

604. Il passaggio dee regolarmente (2) prendersi in quella parte in cui il transito è più breve dal podere chiuso alla via pubblica.

605. Ciò nondimeno il passaggio debbe essere stabilito in quella parte ove riesca di minor danno a colui, sul cui fondo viene accordato.

606. L'azione d'indennità nel caso preveduto dall'articolo 603 è soggetta a prescrizione(3); e continua il diritto di passaggio, quantunque l'azione d'indennità non sia più ammessa.

CAPITOLO III.

Delle servitù stabilite per fatto dell'uomo.

SEZIONE I.

Delle diverse sorte di servitù che possono stabilirsi su' beni (4).

V. l'art. 561. 607. È permesso a' proprietarj di stabilire sopra i loro fondi, o a beneficio di essi, qualunque servitù; purchè sia solamente imposta ad un fondo,

---

stabilire la stessa dottrina soggiunge, che se accadesse che quegli a cui è pervenuto il fondo avesse bisogno del passaggio, e che fosse irrecittibile a richiederlo a'suoi autori, potrebbe rivolgersi a' vicini. Questa proposizione è contraddetta da Duranton, t. 5, num. 420.

Se dopo di essersi dato il passaggio, il proprietario del fondo chiuso acquista un fondo limitrofo e sporgente sulla pubblica via, colui ch'è stato costretto a dare il passaggio dev' esserne discaricato, restituendo l'indennità. Pardessus, n. 225. Delvincourt ibid., nota 50. Toullier, t. 3, n. 554. *Contr.* Duranton, t. 5, n. 435.

(1) La quale dev' essere pagata preventivamente, se il proprietario ne chiegga all'istante il pagamento; arg. dell' art. 470. Duranton, t. 5, n. 429 nota, e Favard rep. v. *servitude*, sez. 2, § 7. *Cont.* Pardessus, n. 221.

(2) È notevole la parola *regolarmente*. Essa indica che la regola non è assoluta; il passaggio quindi potrà esser tracciato per un più lungo cammino, se per esempio il più breve potrebbesi solo praticare con considerabili spese. Una decisione di questa natura sarebbe senza successo denunziata alla censura della corte Suprema. Arresto della Cass. di Parigi del 1 maggio 1811, Sirey, 11-1-325. Toullier, t. 3, n. 548. Pardessus, n. 219. Delvincourt lib. 2, tit. 4, nota 48. Favard rep. v. *servitude*, sez. 2, § 7, n. 3. Duranton, t. 5, n. 423 425 e 426.

(3) Di trent'anni, art. 2168. La prescrizione comincia a correre dal dì in cui il proprietario del fondo chiuso à cominciato a passare, poichè da questo momento è divenuta esigibile la indennità. Avvertasi, che se il passaggio non era necessario da principio, così che costituisce un atto di mera tolleranza, la prescrizione della indennità non contasi da quel momento, ma dal giorno in cui il passaggio si è esercitato come necessario, val dire dopo la chiusura del fondo Pardessus, n. 224. Delvincourt, lib. 2, tit. 4, nota 51. Duranton, t. 5, n. 189 nota, e n. 429.

(4) Nella nota 2, pag. 187 e seg. presentammo sotto un punto generale di veduta: 1.° la natura delle servitù; 2.° le differenti specie di servitù, 3.° le cose sulle quali si possono stabilire servitù. Ci rimane ora ad esaminare: 1.° da chi le servitù possono imporsi; 2.° da chi acquistarsi.

I.

Da chi le servitù derivanti dal fatto dell'uomo possono imporsi.

Poichè le servitù diminuiscono i dritti o la libertà del fondo serviente, bisogna avere un carattere il quale autorizzi a farvi queste alterazioni, perchè sieno valide. È perciò che l'art. 607 concede la facoltà di costituire servitù *a' proprietari*. Si comprende bene che i proprietari debbono avere la capacità di disporre de'propri beni, e quindi i minori, gl'interdetti, i sottoposti a consulente giudiziario, le donne maritate non possono consentire alcuna servitù: art. 206, 207, 1367, 422, 425, 436, 1078 ll. cc. Su questa proposizione si conviene da tutti gli autori. Garand de Coulon nel repertorio, v. *servitude*, § 10. Toullier, t. 3, n. 568. Pardessus, n. 246. Duranton, t. 5, n. 537 a 540.

e ad uso di un fondo; e purchè non sia imposta nè alla persona, nè a beneficio della persona; e purchè tal servitù non sia in alcun modo contraria all'ordine pubblico. V. gli art. 8 e 1125.

Il titolo che costituisce le servitù, ne regola l'esercizio e l'estensione. Mancando il titolo, hanno luogo le seguenti disposizioni. V. l'art. 623.

Da questo principio segue:

1.° Che gli amministratori de'beni altrui, come i tutori, i curatori, e gl' immessi nel possesso provvisionale de' beni, i mariti gerenti de' beni dotali o della comunione non possono imporre servitù sul fondo che amministrano: art. 131, 380, 432, 1362, 1367, 1396, 1399. Il mandatario à bisogno di un' autorizzazione speciale, art. 1860. Toullier, t. 3, n. 569. Pardessus, n. 246 e 249. Duranton, t. 5, n. 541 e 543.

2.° L' usufruttuario non può stabilire una servitù, poichè il suo dritto temporaneo non può esser principio di uno stabilimento perpetuo, l. 15, § 7, ff. *de usuf.* Il nudo proprietario di un fondo di cui un'altro à l'usufrutto, può imporvi servitù, purchè abbiano luogo dopo spirato l' usufrutto, o non pregiudichino a' dritti dell' usufruttuario: vedi la pag. 168, nota 2, n. 3. Rep., v. *servitudes*, § 10, n. 3. Pardessus, n. 244 e 247. Toullier, t. 3, n. 570. Proudhon, *de l'usufruit*, n. 876 e 888.

3.° L'enfiteuta non può imporre sul fondo alcuna servitù: art. 1690.

4.° Il compadrone di un fondo indiviso non può imporre servitù sul fondo comune senza il consenso de' suoi compadroni; l. 2, ff. *de servit.*, l. 11 e 34 ff. *de servit. praed. rustic.* Nondimeno ciò non importa che siffatta costituzione di servitù sia nulla in se medesima: solamente ne è sospeso l' effetto, e l' esercizio non ne può aver luogo fino a che gli altri compadroni o i loro eredi non vi danno il loro consenso, l. 18, ff. *commun. praed.*; e la mancanza di questo consenso non potrebbe opporsi da colui che avesse stabilito la servitù, l. 11, ff. *de servit. praed. rustic.*; così che divenendo solo proprietario dell'immobile per effetto di divisione o di aggiudicazione, è obbligato a far esercitare la servitù anteriormente stabilita, poichè l'effetto della divisione o dell'incanto lo farebbe considerare come se fosse stato sempre proprietario, art. 803. Che anzi, per argomento degli art. 802 e 1119, colui al quale è stata concessa una servitù può assistere alla divisione, e costringere il cedente a provocare il partaggio. Pardessus, n. 250 a 258. Toullier, t. 3, n. 573. Delvincourt, lib. 2, tit. 4, nota 122. Favard, rep. v. *servitudes*, sez. 3, § 2, n. 1 Duranton, t. 5, n. 544.

5.° Il proprietario, il cui fondo è gravato da ipoteca può stabilirvi servitù, l. 205 ff. *de R. J.*, con l'obbligo di non recar nocumento a'creditori, altrimenti potrebbero costoro agire immediatamente pel pagamento, art. 1141 e 2017, o pure i creditori potrebbero domandare la spropriazione, senza aver riguardo alla servitù costituita, e senza l'obbligo di soffrirla, perciocchè la costituzione della servitù può esser considerata come una frode, (l. 226 ff. *de verb. signif.*) che i creditori anno il dritto di attaccare in conformità dell'art. 1120. Pardessus, n. 145. Toullier, t. 3, n. 571. Duranton, t. 5, n. 545 e 547.

II.

Da chi le servitù possonsi acquistare.

Dovendo dir qualche cosa delle persone che possono acquistare servitù, è da notarsi:

1.° Che tutti coloro che possono costituire servitù sopra i loro fondi, possono con maggior ragione acquistarvene. Che anzi vi sono molte persone che possono acquistare servitù, quantunque non ne possono stabilire: tali sono i minori, le donne maritate non autorizzate, i tutori, i mariti amministratori de'beni della moglie, perciocchè l'acquisto di una servitù accresce il valore e'l comodo del fondo dominante. Toullier, t. 3, n. 575. Pardessus, n. 259. Delvincourt, lib. 2, tit. 4, nota 123. Favard, rep. v. *servitudes*, sez. 3, § 2, n. 2. Duranton, t. 5, n. 556 e 557.

2.° L' usufruttuario può acquistare una servitù, poichè egli è il mandatario nato del proprietario: vedi la nota 5, pag. 170 e 171, n. 8. Nulladimeno, se stipulasse nella sola qualità di usufruttuario, il proprietario non avrebbe dritto di reclamare una servitù che non si è acquistata nel fondo gravato di usufrutto, e che si è acquistata solamente pel tempo dell'usufrutto. Garand de Coulon nel repert. di giurisprudenza, v. *servitudes*, § 11, n. 1. Toullier, t. 3, n. 580. Proudhon, *de l'usufruit*, n. 1452 a 1454. Pardessus, n. 256. Favard, rep. v. *servitudes*, sez. 3, § 2, n. 2.

3.° Coloro che non sono nè proprietari, nè rappresentanti del proprietario, possono acquistare una servitù a profitto del fondo ch'egli possiede, qualora sia tale la condizione di una

608. Le servitù sono stabilite per l'uso o delle fabbriche o de' terreni.

Le prime si denominano *urbane*, tanto se le fabbriche alle quali appartengono, sieno situate in città, quanto in campagna.

Le seconde si denominano *rustiche* (1).

V. gli art. 611, 613, 628.

609. Le servitù sono *continue* o *discontinue*.

Le servitù continue sono quelle il cui esercizio è, o può essere continuato,

---

stipulazione che si fa per se stessi: art. 1075. Toullier, t. 3, n. 577. Pardessus, n. 260. Delvincourt, lib. 2, tit. 4, nota 123.

4.° Il possessore di mala fede può far acquistare al fondo una servitù, mentre le servitù non possono essere stabilite in considerazione delle persone, ma solamente per l'interesse e per l'uso delle cose. Garand de Coulon, nel repert. di giurisprud., v. *servitudes*, § 11, n. 1. Toullier, t. 3, n. 576. Pardessus, n. 260. Duranton, t. 5, n. 553.

5.° Si può acquistare una servitù per un fondo che non si possiede, ma che si à la speranza di possedere o di acquistare: l'acquirente della servitù non divenendo padrone in tutto o in parte del fondo in favore del quale era stata stipulata, la principal condizione necessaria alla validità di una tal costituzione svanisce; l. 25, § 10, ff. *fam ercis.*, l. 10 ff. *de servit. praed. rust.* Voet. *ad pandectas*, tit. *de servit.*, n. 2. Toullier, t. 3, n. 578. Pardessus, n. 261. Duranton, t. 5, n. 552. V. la nota alla pag. 188 e 189, n. *terzo*.

6.° Il compadrone di un fondo indiviso può stipulare una servitù pel fondo comune; perciocchè la comunione ch'esiste fra condomini gli dà il dritto di migliorare la cosa comune. La l. 11 ff. *de servitutibus* stabilisce il contrario, e Voet, *ad pandectas*, lib. 8, tit. 4, n. 9 e 10, assicura che il dritto moderno si allontanava dalla regola rigorosa del dritto romano: Vedi Pardessus, n. 262 a 266; Toullier, t. 3, n. 579; Delvincourt, lib. 2, tit. 4, nota 123; Favard, rep., v. *servitudes*, sez. 3, § 2, n. 2, Duranton, t. 5, n. 551.

7.° Il fittajuolo, meno il caso dell'art. 1075, non può acquistare servitù, poichè i dritti che avrà stipulati non sono che semplici obbligazioni personali che cesseranno nel termine del fitto. Duranton, t. 5, n. 549.

Da ultimo è da osservarsi in generale, che quando la servitù non viene acquistata dal vero proprietario, costui non è obbligato di godere la servitù, e di eseguir le convenzioni che vi sono relative. Colui che l'à accordata deve imputar a se medesimo di non aver meglio conosciuta la qualità della persona con la quale trattava; e se la inesecuzione della convenzione gli arreca pregiudizio, deve contro di essa esercitare il suo regresso. Pardessus, n. 260; Toullier, t. 3, n. 576.

(1) I. Le diverse servitù urbane e rustiche che derivano dalle convenzioni delle parti non si possono esattamente enumerare, e particolarità di questa specie non sarebbero che inutilissime. Conviene intanto accennare le principali servitù urbane e rustiche, le quali enunciate nel corpo del dritto romano, sono le più usuali.

1.° La servitù di sostenere il peso del vicino, *oneris ferendi*, obbliga colui che la deve, a sostenere sul suo pilastro o sul suo muro, il peso dell' edificio del suo vicino. Vedi la nota alla pag. 190, n. III, e la nota 2, pag. 213.

2.° La servitù *tigni immittendi*, assoggetta il vicino a soffrire che i travi o i travicelli della casa vicina, poggiassero sul suo muro; l. 20, ff. *de servit. praed. urban.*, e l. 242, § 1. ff. *de V. S.*

3.° La servitù *projiciendi* consiste nello sporgere la propria loggia, balcone o altro sporto sul fondo vicino, senza importanto appoggiarvelo, l. 2, ff. *de servit. praed. urb.*, e l. 242, § 1 ff. *de V. S.*

4.° La servitù *protegendi* differisce poco dalla precedente, colla quale si confonde qualche volta: essa consiste nel fare sporgere in fuori una parte del tetto sulla casa vicina.

5.° La servitù di stillicidio, *stillicidii*, è il dritto pel quale il fondo del vicino è tenuto a ricevere lo scolo del nostro tetto. La servitù di non ricevere un tale scolo, *stillicidii non recipiendi*, è il dritto pel quale si vieta al vicino di dirigere la grondaja del suo tetto sul tetto o sul suolo del vicino (*). V. la nota 1, pag. 222.

I principî regolatori di queste due servitù si applicano alle servitù di ricevere un canale, *fluminis recipiendi*, ed a quella di non ricevere un canale, *fluminis non recipiendi*. Einnecio, *pandc.*, parte 2, § 145; e *recit.*, §. 404

6.° La servitù *altius non tollendi*, è il dritto pel quale il vicino è tenuto a non inalzare il

---

(*) Nel nostro dritto non è in uso la servitù convenzionale *stillicidii*, *vel fluminis non recipiendi*, perciocchè per la disposizione dell' art. 602 il fondo del vicino non è tenuto a soffrire lo scolo del tetto.

senza che sia necessario un fatto attuale dell'uomo: tali sono gli acquidotti, gli stillicidj, i prospetti, ed altre di questa specie.

Le servitù discontinue sono quelle che richiedono un fatto attuale dell'uomo per essere esercitate: tali sono quelle di passaggio, di attigner acqua, di condurre le bestie al pascolo, ed altre simili (1). V. gli art. 611, e 628.

610. Le servitù sono *apparenti* o *non apparenti*.

Le servitù apparenti sono quelle che si manifestano con opere esteriori, come una porta, una finestra, un acquidotto.

Le servitù non apparenti sono quelle che non hanno segni esterni della loro esistenza; come, per esempio (2), la proibizione di fabbricare sopra un

---

suo edifizio al di là di una certa altezza in beneficio della casa vicina; l. 2, ff. *de servit. praed. urb.* (*)

7.° Quanto alle servitù *luminum, et ne luminibus officiatur*, l. 4 e 15, ff. *de servit. praed. urb.*, la prima consiste nel dritto di aprir finestre sul vicino ad una distanza minore di quella prescritta dagli art. 599 e 600, poichè alla distanza prescritta le luci si ànno *jure dominii, non jure servitutis*; e la seconda nell'impedire al vicino di oscurarle colle sue proprie opere.

8.° La servitù *prospectus* dà il dritto di avere veduta sulla casa del vicino; e quella *ne prospectui officiatur*, autorizza ad impedirgli di fare cosa che potesse limitare la veduta di un altra casa. Questa servitù dunque è più estesa di quella della semplice servitù di lumi (**), e per questa ragione gli alberi piantati innanzi la finestra della casa non impediscono la servitù di lume, ma nuocciono all'esercizio della servitù di prospetto.

II. Le servitù rustiche possono variare all' infinito, in ragione del fondo cui si applicano, e de' bisogni de' proprietari rurali. Le più usuali sono:

1.° La servitù di passaggio, di cui variatissimo ne è il modo di esercizio. Vedi la nota 2, pag. 222 e 223.

2.° La servitù del pascolo, *pascendi*, è il dritto di far pascere il proprio bestiame sul prato o sul campo altrui.

Non bisogna confonderla col semplice dritto del *pascolo reciproco*, di cui parla l' art. 570; perciocchè nel caso di questo art. non avvi effettivamente una servitù, ma sibbene un semplice uso locale da cui possono i proprietari sottrarsi facendo chiudere il proprio fondo, art. 569. Ma quando la servitù del pascolo deriva da un titolo, non è lecito al proprietario del fondo serviente di chiudere il fondo per sottrarlo della servitù del pascolo: può chiuderlo soltanto in modo da non diminuire l' uso della servitù, art. 622. Vedi la nota 1, pag. 203.

Nella esistenza della servitù del pascolo, non è impedito al proprietario del fondo serviente di farvi pascolare anche i propri armenti, quante volte i prati fossero sufficienti a nutrire gli animali dell' uno e dell' altro. Voet, *ad pandectas*, lib. 8, tit. 3, n. 10.

3.° Tre altre servitù rustiche comunissime ànno per oggetto di condurre l' acqua per un canale, dal fondo del vicino nel proprio; o semplicemente di attignervi acqua, o di abbeverarvi i bestiami. Queste sono le tre servitù *aquaeductus*, *aquae haustus*, e *pecoris ad aquam appulsus*.

Secondo la massima, *qui vult finem, debet velle media conducentia ad finem*, colui che accorda una di queste specie di servitù, si reputa che accordi pure il dritto di passaggio, art. 617.

(1) Tali sono principalmente il divieto di edificare sopra un terreno, o di edificare oltre una data altezza; il dritto di far sopportare il mio peso al muro del vicino, di fare che la mia loggia, il mio balcone o il mio tetto sporgano sul suo terreno.

Questa distinzione delle servitù continue e discontinue, è rilevantissima nel nostro dritto per regolare la prescrizione delle servitù: art. 611, 612, 613, 627 e 628.

Vedi la nota alla pag. 192, num. *quarto*.

(2) Ed in fatti ve ne sono altre. Così quella di pascolo, quella di passaggio, di attignere

---

(*) Per dritto romano la servitù *altius tollendi*, di cui è parola nelle l. 2 e 11. ff. *de servit. praed. urb*, era il dritto in forza del quale il proprietario era tenuto a soffrire che il vicino inalzasse il suo edifizio più alto di quello che lo statuto locale permetteva. Come noi non abbiamo statuto locale che vieta di edificare oltre una determinata altezza, così questa specie di servitù non può essere di uso presso di noi.

(**) Inter servitutes *ne luminibus officiatur* et NE PROSPECTUI OFFENDATUR, aliud et aliud observatur; quod in *prospectu* plus quis habet, ne quid ei officiatur ad gratiorem prospectum, ut liberum: in LUMINIS autem non officere, ne lumina cujusquam obscuriora fiant: quodcumque igitur faciat ad luminis impedimentum, prohiberi potest, si servitus debeatur; opusque ei novum nunciari potest, si modo sic faciat, ut lumini noceat; l. 15, ff. *de servit. praed. urb.*

*

fondo, o di non fabbricare oltre un'altezza determinata (1).

SEZIONE II.

In qual modo si costituiscano le servitù.

V. gli art. 609, 610, 613, 616, 2135. 611. Le servitù continue ed apparenti si acquistano in forza di un titolo (2), o col possesso di trent'anni (3).

acqua, le quali non comparendo che quando vengono esercitate mediante un fatto particolare, non cessano di essere *non apparenti*.

(1) Questa distinzione è della stessa importanza circa l'acquisto del dritto per mezzo della prescrizione, art. 611 e 612, e per riguardo all'effetto del possesso e dell'azione possessoria, di quella che avvi tra le servitù continue e discontinue: vedi la nota 1, pag. 229 a 232.

Le servitù apparenti sono continue o discontinue: per esempio, un corso di acqua è nel tempo stesso apparente, poichè si manifesta con un aquidotto, e continua, secondo l'art. 609. Un dritto di passaggio nel giardino del mio vicino, che si manifesta mediante una porta, è discontinuo, perchè vi bisogna il fatto dell'uomo pel suo esercizio; ed è apparente, perchè la porta annunzia questo dritto di passaggio. È questa forse la sola servitù che sia nel tempo stesso apparente e discontinua.

(2) I titoli che contengono lo stabilimento di una servitù possono essere: 1.° gli atti gratuiti; 2.° gli atti onerosi; 3.° le sentenze.

1.° Gli atti gratuiti che contengono costituzione di servitù possono essere una donazione, una disposizione testamentaria o qualunque altra liberalità. Possonsi le servitù stabilire anche per mezzo delle divisioni fatte all'amichevole, quando dividendosi una successione si stipuli un dritto di prospetto, di passaggio per uso di un fondo, di una casa divisa ec., l. 33. ff. *de servit. praed. rustic.* V. la nota alla pag. 191 in fine.

2.° Le servitù sono stabilite a titolo oneroso, quando il proprietario di un fondo acquista un dritto di passaggio, di veduta ec. mediante un contratto di vendita, di permuta, di transazione ec. Gli atti per produrre il loro effetto debbono racchiudere le condizioni e le formalità richieste dalla legge per gli atti in iscrittura privata, o per gli atti autentici: art. 1062, 1271, 1272, 1279.

Non è necessario che il titolo costitutivo delle servitù sia inscritto nella conservazione delle ipoteche, poichè non sono l'accessorio di un'obbligazione principale; vedi la nota alla pag. 188, n. 1. Può esserne però utile la trascrizione, al pari degli atti di proprietà, per liberarlo dalle ipoteche de' creditori anteriori, che avessero trascurato di far inscrivere i loro titoli sul fondo serviente. Senza questa trascrizione, l'inscrizione de' creditori posteriore alla costituzione della servitù, darebbe ad essi il dritto di far vendere il fondo libero dalle servitù costituite dopo i loro titoli: Toullier, t. 3, n. 711. Ed è perciò che il decreto de' 16 marzo 1835 prescrive così: « Considerando che sia nel pubblico interesse agevolare la conoscenza » legale delle affezioni o modificazioni delle proprietà immobiliari, per la facilitazione so- » prattutto e per la sicurezza delle contrattazioni.

» Art. 1. I titoli costitutivi delle servitù prediali che si vorranno rendere pubblici saranno » trascritti nella conservazione delle ipoteche della provincia nella quale sono siti i beni. »

Pardessus, n. 296, e Delvincourt, lib. 2, tit. 4, nota 127, sostengono per argomento dell'art. 2169, che dopo 28 anni si possa obbligare il proprietario del fondo serviente a somministrare un nuovo titolo, come si può astringere il debitore di una rendita. Ma questa dottrina è stata ragionevolmente rigettata da Toullier, t. 3, n. 721, e da Troplong, *de la prescription*, n. 844, per la ragione che l'obbligazione dèttata nel caso di una rendita, non può estendersi alle altre specie.

3.° Le sentenze possono stabilire servitù, sia pronunziando la validità di una servitù convenzionale impugnata, sia aggiudicando alcuni fondi sotto talune condizioni imposte nell'aggiudicazione, o in una divisione giudiziale.

La sola enunciativa però in una sentenza di aggiudicazione di un dritto di servitù, non sarebbe sufficiente per costituire una servitù in pregiudizio di un terzo che non vi fosse stato chiamato, perchè l'aggiudicazione non può trasmettere all'acquirente dritti più estesi di quelli che appartenevano al pignorato, art. 816 proc. civ., e 70 della legge de' 29 dicembre 1828. Pardessus, n. 273 e 274. Toullier, t. 3, n. 603 e 604. Repert, art. *expropr. ation forcée*, n. 5.

In tutt'i casi, il titolo che contiene la costituzione di servitù dev'essere valevole. Se però il possesso di 30 anni à seguito il titolo, non se ne potrebbe invocare l'annullamento, anche quando si trattasse di servitù non suscettive di essere acquistate per mezzo della prescrizione, poichè in tal caso il possesso produce ratificazione del titolo. Pardessus, n. 269.

(3) Il possesso, riguardo alle servitù continue ed apparenti, comincia dal dì in cui sono termi-

612. Le servitù continue non apparenti, e le servitù discontinue, sieno o non sieno apparenti, non possono stabilirsi se non per mezzo di un titolo (1).

---

nate le opere esteriori che il proprietario del fondo dominante à fatto per istabilire ed esercitare una servitù, art. 564; Toullier, t. 3, n. 634; Pardessus, n. 285.

Il possesso di 30 anni per acquistare le servitù continue ed apparenti è richiesto nella inesistenza del titolo. Ma nel caso in cui, chi invoca la prescrizione, avesse ricevuto in buona fede, da chi non era proprietario, la servitù di cui si tratta, e ne avesse goduto per 10 anni fra presenti e 20 tra gli assenti (per riguardo al padrone del fondo), può pretendere di averla acquistata validamente, come avrebbe acquistato la stessa proprietà: art. 449, 2171, 2172. L'art. 611 non parla che della prescrizione che à per base il solo possesso, nè riguarda la prescrizione accompagnata dal titolo. Delvincourt, lib. 2, tit. 4, nota 131. Duranton, t. 5, n. 593. Troplong, *de la prescription*, n. 856. *Contr.* Pardessus, n. 306, ed un arresto della Cass. di Parigi de' 10 dicembre 1834.

(1) I. La giurisprudenza romana sullo stabilimento delle servitù in forza della prescrizione presenta delle serie difficoltà per le variazioni cui soggiacque la legislazione, e per la discordanza nelle opinioni de' dotti per la conciliazione delle diverse leggi. Le principali difficoltà aggiravansi: 1.° sulla buona fede del possessore; 2.° sul titolo che poteva avere o non avere; 3.° sulla differenza che si era posta nelle servitù continue e discontinue.

1.° In quanto al possesso, le servitù non potevano acquistarsi per antico dritto romano coll'*usucapione*. La ragione n'era, che non potevasi acquistare in forza dell'usucapione, se non col mezzo di un possesso reale ed effettivo; e che le servitù, essendo nel novero delle cose incorporali, era impossibile di possederle realmente. Insensibilmente, la dottrina de' giureconsulti e l'uso del foro fecero valere l'usucapione per le servitù, di pari che per gli oggetti corporali.

Ma l'usucapione non esigeva che un possesso di due anni, tempo ch'era assai breve quando i cittadini romani ebbero vasti possedimenti che non abitavano più personalmente. Gli inconvenienti che da ciò risultavano diedero luogo alla famosa legge *Scribonia*, di cui nè l'autore nè l'epoca sono bene conosciuti, e che secondo l'opinione più verosimile deve attribuirsi a L. Scribonio Libo, il quale fu console con Sisenna Statilio Tauro sotto il regno di Tiberio. Con questa legge, l'usucapione riguardo alle servitù venne abolita; e Voet, *ad pandectas*, tit. COMMUNIA PRAEDIORUM, prova chiarissimamente, che questa legge non s'aggirava che sulle servitù urbane, e che lasciò le servitù rustiche sotto l'impero dell'usucapione. E d'altronde, egli è certo, che mediante il dritto delle pandette, le servitù rustiche potevansi acquistare con ciò che si chiamava *praescriptio longi temporis*, come provano la legge 10, *si servitus vindicetur*, la l. 5, § 7, *de itinere actuque privato*; la legge 1, § ultimo e la legge ultima, *de aqua et aquae pluviae arcendae*.

Giustiniano soppresse la distinzione che si era fatta fino allora tra l'usucapione e la prescrizione, con la costituzione che forma la l. 1. C. *de usucapione trasformanda*; e finalmente colla legge ultima C. *de prescriptione longi temporis* dichiarò tutte le servitù reali prescrittibili con dieci anni tra presenti e venti tra gli assenti.

Era impertanto una quistione sommamente controversa se, per prescrivere in tal modo, il possesso dovea essere accompagnato da buona fede, del pari che per prescrivere un immobile. Distinti giureconsulti, alla testa de'quali figura Vinnio(nelle sue *selectae quistiones*, lib. 1, cap. 31, e nelle Inst. tit. *de servit.* n, 4), ànno sostenuto l'affermativa. L'opinione contraria, quantunque la buona fede era il fondamento il più solido della prescrizione, è stata adottata da Anton Mattei, *disput.* 1, n. 19, da Einnecio, *Inst.* §. 440 nota, e da Voet, *ad pandectas*, lib. 8, tit. 4, n 4.

Ma pel nostro dritto patrio, niuna prescrizione, neppure di 30 anni, si ammetteva senza continuata buona fede, secondo la decisione delle Quattro Ruote. *Pragm. 3, de praescript.*

2.° Se il *titolo* era richiesto per la prescrizione delle servitù, ha formato oggetto di grave controversia. Cepola, *de servit.*, lib. 1, cap. 20, n. 6 e 7, à insegnato la negativa, e la stessa dottrina è stata con forti argomenti sostenuta da Perezio, Cod., lib. 3, tit. 34, n. 27, seguito da Voet, *ad pandectas*, lib. 8, tit. 4, n. 4; da Einnecio *ad pandectas*, part. 6, § 217, e da Domat, lib. 1, tit. 12, n. 25. *Contr.* Vinnio ibid.

3.° In terzo luogo, gli scrittori, intorno alla prescrizione delle servitù, facean distinzione tra le servitù *continue* e le *discontinue*. Cepola, *de servit. urb. praed.* cap. 19, ed altri scrittori insegnarono che per le servitù *continue* correva il tempo ordinario di dieci fra presenti, e 20 fra gli assenti; e che nelle servitù *discontinue* si richiedeva un tempo immemorabile. Questa opinione fu vigorosamente confutata da Vissembecio, ad tit. *de servit.*, n. 5. Perezio ad Cod., lib. 3, tit. 34, n. 25 e 26 à anch'egli sostenuto, che le leggi romane non fanno alcun uso della distinzione tra servitù continue e discontinue, che non ne ricono-

Il possesso, benchè immemorabile, non basta a stabilirle: ma ciò non

---

scono discontinue, e le mettono tutte nella medesima classe, relativamente alla prescrizione.

II. Tre consuetudini avevamo sotto il titolo *de aperturis non faciendis*, intorno alla prescrizione delle servitù.

La prima stabiliva, che colui il quale avesse fatto uso di una servitù di una casa diruta di un vicino, con aver aperte delle finestre che vi sporgevano, o avervi buttato delle immondezze, o rivolto de' stillicidi, non potesse neppure per lunghissimo tempo acquistar tali servitù, perchè vi mancava la scienza e pazienza del vicino, e la sua buona fede. Cons. *contra habentem*, DE APERTUR. NON FACIEND.

La seconda stabiliva, che qualora vi fosse un istrumento di divisione da cui apparisse quali servitù un vicino dovesse avere su lo stabile dell'altro, non si ammetta prescrizione neppure di lunghissimo tempo, onde taluno acquisti o perda la servitù contro la forma dell' istrumento, perchè vi manca la buona fede: Cons. *ubi reperitur*, d. tit. Ciò che dovea osservarsi non solo da que' che eran intervenuti nell'istrumento, ma ancora da' loro universali o particolari successori, che sapeano o doveano sapere il titolo de' loro autori: Detta consuet. *ubi reperitur* — Lo stesso dir si dovea, se invece dell' istrumento di divisione vi era un laudo, una sentenza, o altro titolo che regolava la servitù: Napodano sulla d. Consuet. *ubi reperitur*.

L'ultima consuetudine *amplius* prescriveva, che non essendosi nell' istrumento di divisione espressata servitù, il fondo s' intendeva a ciascuno liberamente assegnato, così che niuna servitù acquistar si poteva, nemmeno per lunghissimo tempo. Sotto nome poi di prescrizione di lunghissimo tempo deesi intendere la prescrizione di trenta o quaranta anni, la quale ne' sopraddetti casi non si dovea ammettere; non già la prescrizione centenaria o immemorabile, la quale valeva come un privilegio, e dovea regolare i dritti delle parti: e la contraria opinione di Napodano su la d. Consuetud. *ubi reperitur* non veniva adottata dal Maffei ed altri scrittori.

III. Il codice civile moderno à abrogato il dritto romano e gli statuti locali sulla prescrizione delle servitù: à fatto sparire tante incertezze, e con una distinzione e saggia e semplice nel tempo stesso à troncato delle serie difficoltà che imbarazzavano la giurisprudenza. Si è considerato da'suoi autori, che il possesso delle servitù continue non apparenti e quello delle servitù discontinue apparenti e non apparenti, è sempre equivoco quando non è fondato sopra un titolo: manca de' requisiti essenziali della pubblicità e della continuità, necessarî a stabilire un possesso perfetto. Puossi supporre d'altronde, che la familiarità che sussiste tra vicini, fa loro sì spesso tollerar cose per le quali non intendono impertanto riconoscere alcun dritto nel loro vicino. Non è così del possesso delle servitù continue, ed all'uopo l'oratore del governo, signor Berlier (in Locré 4, p. 182, n. 21) rende motivo di questa distinzione stabilita dagli art. 611 e 612, ne' seguenti termini: « Le servitù continue ed appparenti potranno acquistarsi mediante un possesso trentenario; perciocchè atti giornalieri e patenti » esercitati per sì lungo tempo, senza alcun reclamo, ànno un carattere proprio a far presumere il consenso del proprietario vicino: lo stesso titolo à potuto perdersi, ma il possesso » rimane, ed i suoi effetti non potrebbon essere allontanati senza ingiustizia. Non n'è lo » stesso rispetto alle servitù continue non apparenti, ed alle servitù discontinue, apparenti oppur no. In quest' ultimo caso, niente assicura, niente può anzi far legalmente presumere che il proprietario vicino abbia avuto una sufficiente conoscenza di atti spessissimo » i più equivoci, o la di cui prova è allora inammessibile. La prova del possesso trentenario » sarà dunque ammmessibile nella prima specie; ma niuna prova di possesso, anche *immemorabile*, sarà ammessa nella seconda. »

Diverse leggi romane, specialmente la legge 28 ff. *de probat.* definiscono i caratteri del possesso immemorabile, ch'è quello di cui niun uomo vivente à veduto il principio; basta che i vecchi l' abbian sempre osservato, ed abbiano inteso dire ch'esistea prima di essi, e che non abbiano conosciuto alcuno che l' abbia veduto cominciare, o che abbiano inteso dire da altri di averlo veduto. Si può provare con atti antichi e con antiche enunciazioni: questa pruova prevale alla pruova testimoniale: essa è più sicura e meno sospetta. Repertorio di giurisprud., v. *prescription*, sez. 2, § 24. Toullier, t. 3, n. 628.

» Rigettando questo possesso *immemorabile*, disse l' oratore Berlier, il codice à dunque » fatto una cosa la quale, buona in se, andrà del pari di accordo colle vedute generali » della nostra nuova legislazione in materia di prescrizione: la più lunga dev'essere limitata a 30 anni, e gli atti che non prescrivono con questo decorrimento di tempo, possono » essere considerati come di natura a non prescrivere mai. » Locré 4, pag 182, n. 21.

IV. Si è presentata una quistione interessantissima, quella di sapere: 1.° Se acquistata una servitù discontinua, o una servitù continua non apparente, da chi possedeva a titolo di

potrà pregiudicare alle servitù già acquistate per le leggi precedenti, ri-

---

proprietario il fondo soggetto a questa servitù, si possa addurre contro il vero padrone la prescrizione; 2.° se nel caso affermativo, l'elasso di dieci anni fra presenti e venti fra assenti sia sufficiente, o se sia necessario l'elasso di 30 anni per operare la prescrizione. Su questa quistione si sono pronunziate tre opinioni. Toullier, t. 3, n. 629 passando a rassegna le antiche opinioni, ed avvalendosi dell'argomento *a contrario sensu* ricavato dall'art. 612, conchiude che le servitù discontinue o le continue non apparenti possono stabilirsi col possesso, *qualora vi sia un titolo*: e soggiunge che per operarsi la prescrizione è necessario l'elasso di 30 anni, mentre nell'art. 2170 essendo stabilito che le prescrizioni sopra oggetti diversi da quelli indicati nel titolo delle prescrizioni sono spiegate ne'luoghi particolari, nel titolo delle servitù non si ammette altra prescrizione che quella di 30 anni: di questa opinione sono anche Maleville sull'art. 691 (612), Pardessus, n. 306, e Favard, rep. v. *servitudes*, sez. 3, § 5, n. 2. Delvincourt, lib. 2, tit 4, nota 131, e Duranton t. 5, n. 593 sostengono dalla combinazione degli art. 449 e 2171, che quando sonovi titolo e buona fede, il possesso di dieci o di venti anni è sufficiente. Vazeille *de la prescription*, n. 416, e Troplong, *de la prescription*, n. 857 si pronunziano per la imprescribilità.—Sembra preferibile l'opinione di Delvincourt e Duranton, perciocchè se il terzo acquista tutta la proprietà con la prescrizione di dieci o venti anni, non si comprende perchè non debba acquistare la servitù. Vedi la nota 1, pag. 181 e 182, n. 2; nota 3, pag. 228, e nota 2, pag. 237 e 238, n. 3.

V. Dichiarando la legge prescrittibili le servitù continue e apparenti, ed imprescrittibili le servitù continue non apparenti e le servitù discontinue, ne segue che l'azione possessoria non è aperta in materia di servitù che riguardo a quelle che il codice dichiara prescrittibili. La ragione si è che il possesso, a'termini dell'art. 127 proc. civ., non conferisce il dritto d'intentare azione possessoria, se non nel caso in cui possa attribuire proprietà: or il possesso di una servitù continua non apparente o di una servitù discontinua non può conferire alcun dritto alla proprietà della cosa reclamata; è sempre riputato precario, e manca del carattere voluto dalla legge per costituire il vero possesso. Che perciò la regola che non ammette l'azione possessoria se non per le servitù le quali possono acquistarsi colla prescrizione, è da lungo tempo consacrata dalla dottrina de'dottori e dalle decisioni più memorabili nel foro. Henrion de Pansey, *de la competence des juges de paix*, cap. 28, § 7. Merlin, *questions de droit*, v. SERVITUDES, § 5. Toullier, t. 3. n. 713 e 715. Pardessus, n. 324. Delvincourt, lib. 2, tit. 4, nota 132. Poncet, *des actions*, n. 94 e 95. Berriat Saint-Prix, par. 1, cap. 2, sez. 2, art. 2, § 4. Carré, *traité de la competence*. Duranton, t. 5, n. 632 a 635. Troplong, *de la prescription*, n. 249. Decisioni della cass. di Parigi de' 24 febbraio 1808 (Sirey, 8, 1, 493); del 16 giugno 1810 (Sirey, 11, 1, 164); del 1 marzo 1815 (Sirey, 15, 1, 120); de'17 marzo 1820, (Sirey 20, 1, 273 a 276— Decisioni della Corte Suprema di Giustizia di Napoli de'22 marzo 1834 (causa *Francese* e *Contursi*); de'17 settembre 1836 (causa *Scarpetta* e *de Gerardis*); de' 2 settembre 1837, coll'ultima delle quali si riferma la massima: « che non più si dubita di non ammettersi giudizio possessorio, » ove si disputi di servitù discontinue senza titolo, e ciò per le disposizioni dell'art. 612 » (causa *Ferduzzi* e *Fiore*)

Ma quando le servitù imprescrittibili sono fondate sopra un titolo, chi à intentato l'azione di turbativa può avvalersi dell'azione possessoria, imperciocchè il proprietario della servitù discontinua in questo caso à il possesso che non è l'effetto di una semplice tolleranza, ma che à tutti i caratteri del vero possesso; e quantunque il giudice del possessorio non possa giudicare della validità del titolo, può almeno valersene per valutare il carattere del possesso. Arresti della cass. di Parigi de'6 Luglio 1812 (in Merlin, rep., v. *servitude*, § 35, n. 2); de'24 Luglio 1810, de'2 marzo 1820 (Merlin, *question de droit*, v. SERVITUDE, § 6); de'17 maggio 1820, (Sirey 20, 1, 273 a 276); de'30 marzo 1830, 9 maggio 1831, 25 luglio 1831, in Dalloz, *rec. pér.* 1830, 1, 190 — 1833, 1,95-1837, 1, 190. Toullier, t. 3, n. 716. Pardessus, n. 324. Delvincourt, lib. 2, tit. 4, nota 132. Duranton, t. 5, n. 638 a 640. Sirey à scritto una dissertazione sulla materia: t. 21, parte 2, pag. 63 e seg.

VI. Le servitù derivanti da una disposizione speciale della legge, o dalla situazione naturale de' luoghi, quantunque discontinue e non poggiate sopra alcun titolo, possono formar base di un' azione possessoria: la legge costituisce il *titolo* sul quale queste servitù sono stabilite. Merlin, rep., v. *servitude*, § 35, n. 2. Pardessus, n. 324 e 326. Quindi:

1.° Il possesso di acqua che costituisce servitù discontinua ed apparente dà luogo ad azione di turbativa, giusta gli art. 103, n. 4. e art. 127 proc. civ. Arresti della Cass. di Parigi de'13 giugno 1814 (in Merlin, rep. v. *servitude*, §. 35, n. 2); del 1 marzo 1815, 3 dicembre 1828, 5 aprile 1830, in Dalloz, *rec. pér.* 1815, 1,88—1829, 1,49—1830 1, 200—Arresti dalla corte Suprema di Napoli de'26 novembre 1822, 1 giugno 1826, 16

spettivamente ne'dominj al di quà e al di là del Faro (1).

agosto 1827, nelle cause tra *Porro e Spagnoletti*, tra *Minerva* e *Mele*, e tra *Aceto e de Sanctis*. Vedi la nota 1, pag. 200 e 201.

2.° La rimozione de'termini, l'usurpazione delle fosse e delle siepi danno luogo all'azione possessoria (Vedi la nota 1, n. 7, pag. 202; nota 5, pag. 216, e nota 5, pag. 217.) Si è quindi ben deciso dalla Corte suprema di giustizia di Napoli, che il giudizio di turbativa, a senso dell'art. 127, à pure luogo tra i condomini di un medesimo stabile, o dell'acqua comune: Arresti del 1 giugno 1826, 21 settembre 1830, e 29 ottobre 1831 nelle cause tra *Minerva* e *Mele*, *Cardaropoli* e *Piscopo*, e tra *Guerra* e *Perrotti*.

3.° Che per effetto ancora della regola, che le servitù legali sono fondati sopra un titolo, si è giudicato che il possesso di un passaggio per un anno, per la coltivazione di *fondi chiusi da ogni parte*, art. 603, autorizza in caso di molestia l'azione di turbativa (Cass. di Parigi, 9 maggio 1831, in Dalloz, *rec. pér.*, 1833, 1, 95.) In questo caso, quantunque il giudice di circondario sia incompetente a giudicare nel merito la quistione di necessità, pure per dilucidare la sua coscienza sul carattere del possesso, gli appartiene il diritto di verificare il fatto di essere un fondo chiuso da tutte le parti: cass. di Parigi, 19 novembre 1832 in Dalloz, *rec. pér.* 1833-1-46—Un arresto contrario era stato profferito dalla medesima corte a'8 luglio 1812 (Dalloz, v. *servitudes*, sez. 3) invocato da Pardessus, n. 327, il quale coll'autorità di questo arresto è di avviso, che la servitù legale di passaggio non dà luogo all'azione possessoria, perchè la quistione della *necessità* è una eccezione che non è di competenza del giudice di circondario. Questa opinione non è esatta per più motivi: 1.° Convenendo Pardessus nel principio che le servitù *legali* danno luogo all' azione possessoria, perchè ànno per titolo la legge, non vi è ragione a non applicare la regola alla sola servitù legale di passaggio: le eccezioni non debbono essere arbitrarie: 2.° Che l'argomento di non essere l'eccezione *delle necessità* di competenza del regio giudice, prova troppo e perciò niente prova. Ne'giudizi possessoriali benespesso avviene che si producono eccezioni le quali non sono di competenza del giudice di circondario, ma ciò non esclude che il giudice possa verificare i fatti per quanto sono pertinenti a stabilire i veri caratteri del possesso; come nello stesso modo, nelle servitù convenzionali discontinue appoggiate da un titolo compete l'azione possessoria; e quantunque le eccezioni che si producono sulla efficacia del titolo non sieno della competenza del giudice regio, Pardessus, n.324 conviene che può il giudice servirsi del titolo per valutare la qualità del possesso. Vedi Poncet, *des actions*, num. 98.

VII. Il proprietario del fondo serviente ch'è rimasto soccumbente nel possessorio, istituendo nel petitorio l'azione *negatoria*, quella cioè che nasce dalla libertà de'fondi (l. 2 princip. ff. *si servit vindic.*) è obbligato a provare che il suo fondo è libero, o pure spetta al proprietario del fondo serviente di far la pruova di aver acquistato la servitù, quantunque sia stato conservato nel possesso? Questa quistione anticamente molto controversa, lo è del pari sotto l'impero del codice. Brunemanno, sulla l. 9, Cod. *de servit. et aqua*, Mascardo *de probationibus*, concl. 1306, *et in proem.* quest. 17, n. 9, opinarono al pari della Glosa, a favore del proprietario preteso serviente. Dunod, *prescriptions*, parte 3 e 6, insegnò che quando il possesso di chi pretende la servitù è riconosciuto, esso fa cessare la presunzione di libertà, ed Einneccio Inst. § 1137, quantunque fosse di questa opinione, confessa che nel foro prevalse l'opinione della Glosa. Sotto l'impero del codice, Delvincourt, lib. 2, tit. 4, nota 133, Pardessus, n. 333 e 337, e Duranton t. 5, n. 641 opinano che l' effetto dell'azione possessoria è quello di far presumere che il proprietario del fondo dominante abbia acquistato la servitù: così che nel giudizio petitoriale la prova della inesistenza della servitù appartenga al proprietario del fondo serviente. Noi preferiamo l'opinione contraria della Glosa adottata da Toullier, t. 3, n. 717.

(1) Questa disposizione è una conseguenza del principio che le leggi nuove non dispongono che per l' avvenire, nè ànno effetto retroattivo. art. 2. Perchè abbia luogo è necessario, che la prescrizione all' epoca della promulgazione del codice siesi di già *acquistata*, così che il possesso cominciato, ancorchè mancasse di un giorno per compiere la prescrizione, à perduto tutta la sua forza alla promulgazione del codice, il quale non permette più che si acquistino queste specie di servitù senza titolo. Merlin, rep., v. *prescription*, sez. 1, § 3, n. 9 Toullier, t. 3, n. 625. Delvincourt, lib. 2, tit. 4, nota 133. Duranton, t. 5, n. 579.

Le servitù discontinue o continue non apparenti acquistate colla prescrizione prima della pubblicazione del codice, non danno luogo all' azione possessoria; può soltanto chi è turbato nel suo godimento convenire il proprietario del fondo serviente innanzi al tribunale civile, e conchiudere di essere conservato nella proprietà di questo diritto di servitù, poichè il possesso allegato, come base della prescrizione, essendo incerto e contrastato, il giudice regio non potrebbe valutarne il merito, senza cumulare il petitorio e 'l possessorio,

613. La destinazione del padre di famiglia riguardo alle servitù continue ed apparenti tiene luogo di titolo (1).

614. Non vi è destinazione del padre di famiglia, se non quando sia provato che i due fondi attualmente divisi appartenevano allo stesso proprietario, e che sieno da lui state poste le cose nello stato, dal quale risulta la servitù (2).

---

ed eccedere quindi i limiti della sua competenza. Per il che le servitù discontinue acquistate col possesso prima della promulgazione del codice non possono dar luogo alla querela di turbativa se non dopo la sentenza sull'azione petitoria: la sentenza è un titolo che avvalora il possesso. Arresti della Cass. di Parigi del 3 ottobre 1814 (Sirey 1815-1-145); de' 2 luglio 1823 (Dalloz. v. *servitudes*, §. 5, art. 3). Arresto della corte Suprema di Napoli de' 17 settembre 1836 (causa *Scarpetta* e *de Gerardis*). Henrion de Pansey, cap. 43, § 7. Garnier, p. 315. Toullier, t. 3, n. 717. Duranton, t. 5, n. 637, 4 ediz. *Contr.* Merlin, *questions de droit*, v. *servitudes*, § 5. Delvincourt, lib. 2, tit. 4, nota 132.

(1) Chiamasi *destinazione del padre di famiglia* lo stato in cui il proprietario à disposto ed ordinato più fondi pel di loro uso scambievole, l. 36 ff. *de servit. praed. rustic.* Fino a che i fondi appartengono allo stesso proprietario i pesi che esistono sopra l'uno in favore dell'altro non sono servitù: *nemini res sua servit*. Ma se in seguito questi fondi verranno ad appartenere a differenti padroni, sia per effetto di alienazione, o di disposizione che ne facesse il proprietario, o di una divisione tra i suoi eredi, il servizio che un fondo avea dall'altro e ch'era *destinazione del padre di famiglia* quando appartenevano al medesimo, diviene una *servitù* dopo ch'essi sono di due proprietari differenti. Pardessus, n. 288. Toullier, t. 3, n. 605.

L'effetto della destinazione del padre di famiglia è di *valere per titolo*, cioè di produrre i medesimi effetti, come le servitù fondate su questo dritto. Essa adunque si applica solamente alle servitù convenzionali, nè à veruna influenza sulle servitù naturali e legali. Pardessus, n. 292.

Gli art. 614 e 615 determinano quando vi à destinazione del padre di famiglia. Nella nota 1, pag. 234 sarà esaminato il senso dell'art. presente che limita la destinazione del padre di famiglia alle servitù *continue ed apparenti*.

(2) La destinazione del padre di famiglia può esser considerata sotto due rapporti: 1.° Quando il proprietario avendo fino alla sua morte posseduto i due fondi nello stato di soggezione particolare o reciproca tra essi, per effetto poi di una divisione o di una vendita all'incanto passano in potere di differenti padroni; 2.° quando il proprietario dopo di avere stabilito o mantenuto lo stato de' luoghi, mentre i due fondi erano nel suo dominio, ne alieni uno con atto qualunque. Il primo caso forma oggetto di questo art.; e'l secondo del seguente.

Vi sono due cose da provare, secondo questo art. per istabilire la destinazione del padre di famiglia riguardo alle servitù continue ed apparenti (come le vedute, gli aquidotti, gli stillicidii), negli immobili che sono appartenuti allo stesso padrone fino alla sua morte: 1.° Che i due fondi attualmente divisi appartenevano allo stesso proprietario: 2.° Che sono state da lui poste *o lasciate* le cose nello stato dal quale risulta la servitù. Le parole *o lasciate* si aggiungono da' comentatori, sembrando insufficiente la parola *poste* di cui fa uso il testo, poichè il proprietario vien considerato aver posto egli stesso le cose nello stato di cui si tratta, quando avendo trovato le cose in questo stato e potendo cambiarle, non l'à fatto: Delvincourt lib. 2, tit. 4, nota 138: Toullier t. 3, n. 609; Favard, rep., v. *servitudes*, sez. 3, § 4, n 2. Le due cose di cui questo art. richiede la pruova deggionsi forse stabilire per iscritto, o possono esserlo per testimoni? La consuetudine di Orleans, art. 227 e 228, letteralmente conforme a quella di Parigi, richiedeva la pruova per iscritto. *Il codice*, dice il tribuno Albisson (in Locré 4, p. 190, n. 16) *non esige che la destinazione sia provata in iscritto*. E continua Maleville sull'art. 693 (614), che i due fatti in parola possono in mancanza di titoli, provarsi col mezzo di testimoni, poichè se gli estensori del codice avessero creduto che la prova dovesse farsi in iscritto, non avrebbero lasciato di dirlo, singolarmente, avendo sott'occhio la consuetudine di Parigi che lo prescriveva formalmente. Delvincourt, lib. 2, tit. 4, nota 140; Toullier, t. 3, n. 610 e 611; Duranton, t. 5, n. 574 opinano ancora eglino che la pruova testimoniale sia ammessibile—Pardessus, n. 291 stabilisce una distinzione. La prova del fatto *che i due fondi attualmente divisi appartenevano allo stesso proprietario* è di sua natura suscettiva di esser provata per iscritto, poichè in qualunque maniera questo padre di famiglia abbia ottenuto la proprietà de' due fondi, à dovuto necessariamente entrare nelle sue mani mediante una convenzione, sia acquisto, sia donazione, sia successione. Il secondo fatto da provarsi, che *le cose furono da lui messe nello stato dal quale ri-*

615. Se il proprietario di due fondi, tra i quali esista un segno apparente di servitù, dispone di uno di essi senza che il contratto contenga veruna convenzione relativa alla servitù, questa continua ad esistere attivamente o passivamente in favore del fondo alienato, o sul fondo alienato (1).

616. Mancando il titolo costitutivo delle servitù che non possono acquistarsi colla prescrizione (2), non vi si può supplire altrimenti che col mezzo

---

sulta la servitù, può esserlo per mezzo di testimoni, poichè si tratta di provar fatti non suscettibili ordinariamente di essere accertati per iscritto. Merlin, rep., v. *servitudes*, § 19, n. 4, si è piegato alla opinione di Pardessus.

(1) Questo art. che risguarda il caso in cui la destinazione del padre di famiglia à il suo effetto contro il proprietario stesso, parla soltanto di un *segno apparente* di servitù, e non aggiunge, come l'art. 612, *servitù continua*. Quindi elevasi tra gli autori una grave discussione sul senso di questo art..e sul modo di conciliarlo cogli art. 613 e 614. Merlin, rep. v. *servitudes*, § 19, n. 2, e Pardessus, n. 289 credono ch'esiste tra i primi due art., 613 e 614, ed il terzo, 615, una differenza essenziale: i due primi non si aggirano che sulle servitù *continue ed apperenti*; il terzo comprende tutte le servitù apparenti, sieno o pur no continue. Questa interpetrazione, secondo Toullier, t. 3, n. 613, può incontrare grandi difficoltà. Imperciocchè il codice contiene tre art. relativi alla destinazione del padre di famiglia: il primo cioè l'art. 613, stabilisce per principio generale, ch' essa tiene luogo di titolo riguardo alle servitù *continue ed apparenti*: questo principio deve dunque applicarsi a' seguenti due art. i quali non sono che lo sviluppamento del primo, e ne' quali per conseguenza si trova sottinteso la condizione necessaria per applicare la destinazione del padre di famiglia, quella cioè ch'essa non tiene luogo di titolo, se non riguardo alle servitù *apparenti e continue*. Qualora diversamente s'interpetri l'art 512, n'emergerebbero strane conseguenze: l'art. 612 non sarebbe applicabile che nel caso di divisione, cioè che la eccezione sarebbe più estesa della regola: se per l'utilità o il comodo de'fondi che possedeva, à il proprietario aperto alcune porte o passaggi, non sarebbe cosa assurda il sostenere che debbano continuare a sussistere? Tuttavolta, continua Toullier, si può dire in favore di colui che acquista dal padre di famiglia, che costui è imputabile di non essersi spiegato più chiaramente, art. 1448, ch'egli deve consegnar la cosa nello stato in cui si trova al tempo della vendita, art. 1460, con tutti gli accessori e con tutto ciò che fu destinato al perpetuo uso di essa, art. 1461; e che queste ragioni, unite alla conseguenza che si desume dalla differente compilazione degli art. 613 e 615, possono prevalere, e far considerare l'ultimo art. come un' eccezione—Malcville ritiene che l'art. 615 è lo sviluppamento dell'art. 613, e questo benanche è il risultato delle opinioni di Delvincourt, lib. 2, tit. 4, nota 140, e di Favard, rep. v. *servitudes*, sez. 3, § 4, n. 3—Finalmente Duranton, t. 5, n. 571 a 573 propone un nuovo sistema: secondo questo autore la destinazione del padre di famiglia richiede la riunione delle condizioni prescritte dagli art. 613 e 614. Ma l'articolo 615 fissa un modo speciale di stabilire la servitù con la tacita volontà del proprietario o de' comproprietari; questo modo è la disposizione o la divisione di uno de'fondi quando esiste un segno apparente di servitù, ed il contratto nulla racchiude in contrario allo stato delle cose. Poco importa che questo stato provenga dal disponente o da' suoi autori; colui che aliena, se l'appropria approvandolo. La servitù risulta dalla presunta intenzione del disponente: donde segue che dovrà esser conservata o dichiarata estinta, secondo che i tribunali troveranno nelle circostanze pruove o presunzioni della volontà di aver voluto conservare, disponendo l' antico stato delle cose; quindi il passaggio che il disponente avea stabilito per la reciproca comodità de' due fondi non continuerà a sussistere; quello che fosse necessario alla coltivazione dovrebbesi conservare.

(2) Queste parole *che non possono acquistarsi colla prescrizione* non vogliono dire *e contrario*, che il titolo costitutivo delle servitù le quali possono acquistarsi con la prescrizione possa surrogarsi con un titolo diverso da quello di ricognizione, o derivante da persona diversa dal proprietario del fondo serviente; giacchè ogni titolo che à per oggetto di surrogare un altro dev' essere un titolo di ricognizione, e questo titolo deve necessariamente derivare dalla parte interessata. Tali parole dunque sono adoperate nell'art. *simpliciter*, ed ànno per oggetto di far comprendere che la prescrizione, riguardo alle servitù che possono acquistarsi in siffatto modo, surroga il titolo, ne fa le veci, e dispensa dall' esibirne alcuno, mentrecchè quando si tratta di servitù che possono soltanto acquistarsi con titolo, è d'uopo, in qualunque epoca, produrre quello di costituzione, o pure quello di ricognizione provveniente dal proprietario del fondo serviente. Duranton, t. 5, n. 565. Vedi anche Toullier, t. 3, n. 603.

di un titolo, il quale contenga la ricognizione (1) della servitù fattane dal proprietario del fondo serviente.

617. Costituendosi una servitù, si presume accordato tutto ciò che è necessario per usarne.

Così la servitù di attignere acqua dalla fonte altrui, porta necessariamente seco il dritto del passaggio. V. l'art. 621.

SEZIONE III.

De' diritti del proprietario del fondo al quale è dovuta la servitù.

618. Colui al qual'è dovuta una servitù, può far tutte le opere necessarie per usarne e conservarla (2).

619. Tali opere debbono farsi a sue spese, e non del proprietario del fondo serviente (3), purchè il titolo di costituzione della servitù non istabilisca il contrario.

620. Anche quando il proprietario del fondo serviente è tenuto in forza del titolo, di fare a sue spese le opere necessarie per l'uso o per la conservazione della servitù, può egli sempre liberarsene, abbandonando il fondo serviente (4) al proprietario del fondo dominante.

621. Se il fondo dominante viene ad essere diviso, la servitù è dovuta a ciascuna porzione (5), senza però che si renda più gravosa la condizione del fondo serviente (6).

Così se si tratti di una servitù di passaggio, tutti i compadroni son tenuti ad esercitarla pel medesimo luogo.

---

(1) Il titolo di ricognizione di cui è parola in questo art. non deve contenere tutt'i caratteri degli atti di ricognizione, menzionati nell'art. 1291. Colui quindi a cui è dovuta la servitù non è obbligato ad esibire il titolo costitutivo o primordiale, il quale viene supplito dall'atto di ricognizione. E la menzione, anche per enunciazione, del titolo costitutivo nell'atto di ricognizione fa pruova tra le parti, che il titolo mentovato esiste o è esistito, e contiene la costituzione della servitù, per la ragione che questo titolo viene mentovato come la causa o il motivo della ricognizione di questa servitù: Toullier, t. 10, n. 312; Delvincourt, lib. 2, 4, nota 136. Pardessus, n. 269. Così decise la Cass. di Parigi con arresto de' 19 novembre 1829.

(2) Ed è pure il diritto di passare, per fare queste opere, su le parti del fondo che non debbono la servitù (l. 11 ff. *comm. praed.*, l. 3, § 11, 14 e 15 ff. *de itin. actuq. priv.*), o di riporvi i suoi materiali; ma deve riparare i danni che il passaggio potrebbe cagionare. Toullier, t. 3, n. 626.

(3) Vedi la nota alla pag. 190, n. III.

(4) Ma bisogna abbandonare per intero il *fondo serviente*, ovvero basta abbandonare la parte su la quale si esercita la servitù? Maleville su questo art., Toullier, t. 3, n. 680, Favard rep. v. *servitude*, sez. 4, n. 2, e Duranton t. 5, n. 615 opinano, che basta abbandonare la porzione su cui esercitasi la servitù, altrimenti la facoltà concessa dall'articolo di abbandonare il fondo si renderebbe illusoria. Pardessus, n. 69 è della medesima opinione che restringe al solo caso quando l'abbandono della porzione del fondo sul quale si esercita la servitù basta a liberare il proprietario da cotal servitù; così che, secondo lui, ciò che l'applicazione dell'art. 620 può offerire di difficile, dipende necessariamente dalle circostanze, e rientra nella latitudine della coscienza de'giudici. Delvincourt, lib. 2, tit. 4, nota 146 è di opposto sentimento, ed estende tant'oltre la sua proposizione che ne deduce la conseguenza, che se il fondo viene ad esser diviso, e che colui nella cui parte si trova il passaggio che dev'esser mantenuto abbandoni questa parte, esso rimane liberato, ma gli altri comproprietari non potranno esserlo, che abbandonando egualmente la loro porzione: questa opinione non sembra sostenibile.

(5) Vi sono però delle servitù che non sono dovute a tutte le parti del fondo, l. 6, ff. *de servit.*; per esempio, il dritto di veduta concesso ad una casa di cui fanno parte altri edifizi, non può essere esteso a questi ultimi, se sono separati dalla casa, giacchè il numero stesso delle aperture della casa non potrebb'essere aumentato. Toullier, t. 3, n. 653.

(6) L. 23, § ult. ff. *de servit. praed. rustic.* Domat, lib. 2, tit. 12, sez. 4, n. 7.

622. Il proprietario del fondo serviente non può far cosa alcuna che tenda a scemare l' uso della servitù, o a renderlo più incomodo (1).

Per conseguenza non può variare lo stato de' luoghi, nè trasferire l'esercizio della servitù in un sito diverso da quello dove fu originariamente stabilita.

Tuttavia se questa primitiva destinazione è divenuta più onerosa al proprietario del fondo serviente, o se l'impedisse dal fare delle riparazioni vantaggiose, potrà offerire al proprietario dell' altro fondo un sito egualmente comodo per l' esercizio de' suoi diritti; e questi non potrà ricusarlo.

V. l' art. 607, 2.° comma.

623. Colui che ha un diritto di servitù, non può dal canto suo usarne se non secondo il suo titolo, senza che tanto nel fondo serviente quanto nel dominante, possa innovare cosa alcuna la quale renda più onerosa la condizione del primo (2).

SEZIONE IV.

In qual maniera si estinguano le servitù (3).

624. Le servitù cessano, quando le cose si trovano in uno stato tale che non se ne possa più far uso.

V. l'art. 586.

625. Tornano ad aver luogo, se le cose sono ristabilite in modo da poterne usare; purchè non sia trascorso uno spazio di tempo bastante a far presumere estinta la servitù, siccome è detto nello articolo 627 (4).

---

(1) Domat, lib. 1, tit. 12, sez. 4, n. 1.

(2) Il dritto di servitù deesi regolare da' titoli che lo stabiliscono: se i titoli prescrivono che la servitù sarà solamente per certi tempi dell'anno, bisognerà conformavisi, l. 5, § 1, ff. *de servit.:* lo stesso far dovrebbesi, se i titoli restringessero il dritto a certe ore del giorno, l. *si diurnarum* 2, ff. *de aqua*. Domat, lib. 1, tit. 12, sez. 1, n. 19.

Ma se il titolo à lasciato indeciso sulla maniera di usare il dritto di servitù, un principio dettato dalla giustizia è, che debbesi conciliare nell'uso della servitù, il maggior vantaggio del fondo dominante o la minore incomodità del fondo serviente, restringendosi all'oggetto della servitù. Laonde colui che à un dritto di passaggio nel fondo di un altro, senza che il titolo contrassegna il luogo per dove dovrà passare, non avrà la libertà di scegliere il suo passaggio per dove gli piacerà, ma gli sarà dato nel luogo il meno incomodo al proprietario del fondo serviente. Domat, lib. 1, tit. 12, sez. 1, n. 12, e le leggi da lui citate. Garand de Coulon, repert. v. *servitudes*, § 29, n. 1 e 2. Toullier, t. 3, n. 654.

(3) Qui sono indicati i diversi modi di estinzione delle servitù per la loro natura particolare. Per conoscere poi sotto un punto di veduta i modi della estinzione delle servitù secondo le regole comuni sulla risoluzione del dritto di proprietà, vedi la nota 1, pagina 179.

(4) Secondo questo art. e 'l precedente, le servitù cessano quando le cose si trovano in tale stato che non se ne può più far uso; ma questa cessazione non è che momentanea, perchè tornano ad aver luogo col ristabilimento de'luoghi. E perciò che gli art. in esame ànno fatto uso della frase *cessano*, ed ànno evitato le parole *si estinguono* adoperate ne' due art. seg. relativi agli altri modi di estinzione delle servitù. Pardessus, n. 294. Delvincourt, lib. 2, tit. 4, nota 158.

Ritornando ad aver luogo le servitù col ristabilimento de'luoghi, la disposizione dell'art. 586 (uniforme alla l. 20, § 2, ff. *de servit. praed. urban.*) è una conseguenza di questo principio. Le servitù ritornano ad aver luogo, se le cose sono ristabilite nello stato primitivo prima che sia trascorso uno spazio di tempo bastante a far *presumere* estinta la servitù, ovvero, come dice l'art. 586, prima che siasi acquistata la prescrizione. Ma la prescrizione non decorre, decidono le leggi romane, quando non è nel potere di colui al quale la servitù è dovuta di far cessare l'ostacolo che l'impedisce a farne uso: Domat, lib. 1, tit. 12, sez. 6, n. 1 e 6, con la nota: Voet, *ad pandectas*, lib. 8, tit. 6, n. 4—Maleville sull'art. 704, cod. franc., e Delvincourt, lib. 2, tit. 4, nota 160, credono che il codice civile abbia derogato a questo principio sì giusto e sì ragionevole; ma Toullier, t. 3, n. 689 a 695 à molto bene confutato questo dottrina (seguita da Favard, rep. v. *servitude*, sez. 5, n. 6.), dimostrando che gli art. 624 a 628 non contengono disposizioni contrarie alle disposizioni generali su la inter-

626. Qualunque servitù si estingue, riunendosi in una sola persona la proprietà del fondo dominante e quella del fondo serviente (1).

627. La servitù è estinta col non uso pel corso di trent' anni (2). V. gli art. 2153, 2157 e seg.

ruzione o su la sospensione delle prescrizioni, e quindi il codice non ha fatto verun cangiamento alla dottrina de'giureconsulti romani. Possiamo dunque conchiudere che oggi sarebbe seguita la decisione della l. 18, § 2, ff. *quemad. servit. amit.* secondo la quale, se il mio vicino dopo avermi accordato il dritto di appoggiare i miei travi sopra un edificio che à in progetto, non costruisce il suo edificio, ei non può oppormi la prescrizione, quando anche il tempo regolato per acquistarla fosse decorso, perciocchè egli non può oppormi il non uso di una servitù, quando non mi à messo nello stato di usarne.

(1) La ragione si è che non si può dar servitù sopra i propri fondi, l. 26 e 30, ff. *de servit. praed. urb.*; l. 1, ff. *quemad. servit. amitt.*; l. 10, ff. *commun. praed.* Ma se il titolo che opera la confusione viene ad essee rescisso, la servitù tornerebbe ad aver luogo, perocchè in virtù della risoluzione io non vengo più riputato essere stato proprietario dell' uno e dell'altro. Laonde l'esercizio del patto di ricompra, art. 1519, o l'avvenimento di altra condizione risolutiva, art. 1136, il rilascio del fondo per effetto d'ipoteca, art. 2071, fanno rivivere la servitù la quale era piuttosto sospesa ch'estinta. La stessa decisione apportano Pardessus, n. 300, e Duranton, t. 5, n. 666 al caso della nullità del contratto di acquisto di uno de'due fondi, per causa d'incapacità delle persone, le quali ottengono la restituzione in *integrum*.

Per la stessa ragione, se la riunione de'due fondi non fosse stata che momentanea nelle mani di un solo, non à potuto aver luogo la confusione. Così, quando ho raccolto il fondo serviente in una successione, coll'obbligo di farne il rilascio ad un legatario, quantunque il legato non impedisca che io sia impossessato dall'eredità al momento della morte del testatore, conserverò la servitù dopo il rilascio del legato, anche perchè si reputa il legatario di aver acquistato dritto sulla cosa legata al momento dell'apertura della successione, art. 968. Garand de Coulon, v. *servitude*, § 32, nel repert. di Merlin. Pardessus, n. 299.

L'accettazione dell' eredità col beneficio dell'inventario non produce la confusione delle servitù che i due patrimoni possano avere l'uno sull'altro. La confusione ha luogo se l'accettazione è pura e semplice; ma se l'erede puro e semplice vende l'universalità della successione, la servitù rinasce, perciocchè la vendita di una successione comprende tutto ciò che ne proviene, e niente al di là. Mornac sulla l. 9, ff. *communia servitutum*; Domat, lib. 2, tit. 12, sez. 6, n. 5. Garand de Coulon, v. *servitude* ibid.; Toullier, t. 3, n. 669. Pardessus, num. 299.

Inoltre è da osservare, che per operarsi l'estinzione delle servitù mediante la confusione, la proprietà che si acquista debb' essere intera. Dal che consegue: 1.° Che se il proprietario di uno de'fondi non acquistasse l'altro che in parte, la servitù non sarebbe estinta, e continuerebbe a sussistere sulla parte non alienata, stante la massima *per partes servitus retinetur, licet ab initio per partes adquiri non poterit*; l. 8, § 1, ff. *de servit.*, e l. 30, § 1, ff. *de servit. praed. urb.*; 2.° Che quando i comproprietari di un fondo dominante o serviente comperano l'altro, la confusione à luogo di pieno diritto; ma se il fondo che acquisteremo in comune, dovesse una servitù al vostro fondo ed al mio, l'acquisto non estinguerebbe nè l'una nè l'altra di queste servitù, perocchè i nostri diritti particolari sono distinti da'diritti comuni; l. 27, ff. *de servit. praed. rustic.* Garand de Coulon ibid. Pardessus, n. 298. Duranton, t. 5, n. 658 a 665.

(2) Sono notevoli su questo articolo le seguenti riflessioni:

1.° Si estinguono con la prescrizione le servitù si continue, che discontinue, e nell'art. 628 vi è su tal riguardo una distinzione, in quanto all'epoca in cui comincia la prescrizione. Per ciò che riguarda l'acquisto delle servitù mediante la prescrizione, negli art. 611 e 612 la legge à fatto una distinzinzione fra le servitù continue ed apparenti, e le servitù discontinue e continue non apparenti: vedi la nota 1, pag. 229 e seg.

2.° Le servitù convenzionali sono soggette alla prescrizione pel non uso. Il non uso non estingue le servitù naturali e legali, poichè i dritti che provengono dalla natura delle cose o dalla volontà della legge, non si perdono per difetto di esercizio: Così, qualunque tempo il proprietario avesse fatto trascorrere, non perde il dritto di acquistare la comunione del muro, di far chiudere le finestre appoggiando sul muro comune, di aprir finestre, e di domandare il passaggio necessario alla coltivazione: art. 581, 595, 596, 597, 598, 603. Ma è pur vero che questi dritti che nascono dalla legge potendo formar oggetto di convenzioni (vedi la nota 3, pag. 218) vi si può rinunciare in tutto o in parte. La rinuncia può essere anche tacita, come per esempio, se il proprietario del fondo inferiore avesse fatto e conservato per 30 anni de' lavori che rendesse incomodo lo scolo al proprietario del fondo superiore, l' esi-

628. I trent'anni cominciano a decorrere, secondo le diverse specie di servitù, o dal giorno in cui si è cessato dall' usarne, se si tratti di servitù discontinue, o dal giorno in cui si è fatto un atto contrario alla servitù, se trattisi di servitù continue (1).

stenza di questi lavori non potrebbe essere attaccata. Lo stesso dicasi, se siensi aperte e conservate per 30 anni delle finestre senza le precauzioni richieste dagli art. 597 e 598. In tutti questi casi, è meno il non uso del dritto, che un fatto contrario del vicino che produce l'estinzione e modificazione della servitù. Pardessus, n. 56, 201, 301 e 312.

3.° Il non uso di 30 anni fa presumere l'abbandono del dritto di servitù. Ma il compratore del fondo serviente può forse invocare, nel silenzio del titolo, il non uso durante i 10, o 20 anni per pretendersi liberato, giusta l'art. 2171? Toullier, t. 3, n. 688, e Pardessus, n. 306 sostengono che avendo l'art. 2170 deciso che le regole generali su la prescrizione non si applicano agli oggetti determinati ne' luoghi particolari, non avvi, in materia di servitù che la sola prescrizione di 30 anni, art. 611 e 627. Ma questo argomento non è molto concludente, perciocchè anche in materia di usufrutto l'art. 542 non riconosce che la prescrizione di 30 anni, ed intanto Toullier, t. 3, n. 457 insegna che il compratore a titolo particolare e di buona fede lo prescrive con dieci o venti anni. Con maggior fondamento adunque Delvincoùrt, lib. 2, tit. 4, nota 153, Duranton t. 5, n. 691, Vazeille *de la prescription*, n. 523, Troplong, *de la prescription*, n. 853 sostengono che il compratore di buona fede libera il fondo dalla servitù pel non uso di dieci o venti anni, giacchè è meno questa una prescrizione ad effetto di liberare il fondo dalla servitù impostavi, che una prescrizione ad effetto di acquistare la piena ed assoluta proprietà del fondo, giusta l'art. 2171: l'art 627 quindi non deroga alle regole comuni sulla prescrizione. Vedi la nota 1, pag. 181, e 182, n. 11 e la nota alla pag. 230 in fine.

4.° La prescrizione non corre contro colui che non può agire. I canoni generali quindi su la prescrizione debbono essere seguiti onde decidere quali sono le cause di sospenzione della prescrizione, quali sono gli individui contro cui non decorre: art. 2157 e seg. Vedi la nota 4, pag. 236.

Segue da ciò, che il tempo decorso contro il primo proprietario per l'acquisto o liberazione della servitù, si unisce al tempo decorso contro i suoi successori, art. 2141: Domat, lib. 1, tit. 12, sez. 6, n. 14: Voet, *ad pandectas*, lib. 8, tit. 6, n. 8, ove scioglie l'obiezione desunta dalla l. 32, §1, ff. *de servit praed. urb.* la quale è contraria, e confuta la soluzione di Cujacio. Pardessus, n. 309. Toullier, n. 707.

5.° Le servitù si conservano contro la prescrizione, non solo coll'uso che ne fanno i proprietari, ma eziandio con l'uso che possono farne tutti gli altri possessori che fanno le veci del padrone; come il fittajuolo, l'inquilino, l'usufruttuario, l' enfiteuta, chi gode a titolo di anticresi, ed anche coloro che posseggono di mala fede; l. 20 e 24 ff. *quemad. servit. amitt.*, art. 2134. Voet *ad pandectas*, lib. 8, tit, 6, n. 9. Domat, lib. 1, tit. 12, sez. 1, n. 31. Pardessus, n. 302. Toullier, t. 3, n. 706. Delvincourt, lib. 2, tit. 4, nota 123. Duranton, t. 5, num. 684.

6.° Quantunque la perdita di una servitù sia una specie di alienazione, non bisogna conchiudere che il non uso di coloro che non ànno il dritto di alienare i beni loro confidati non possa far perdere le servitù dovute a questi fondi. La negligenza de'fittajuoli, degli amministratori, degli usufruttuari, diviene la causa di una perdita irreparabile per i proprietari, salvo il ricorso contro di essi, conformemente agli art. 538, 1399 e 1614. Pardessus, n. 307. Delvincourt, lib. 2, tit. 4, nota 153.

(1) La differenza essenziale ch'esiste fra queste specie di servitù spiega quella che la legge à stabilito intorno al modo di estinguerle per prescrizione.

Il dritto di passaggio, di attignere acqua, di pascolo costituisce una servitù discontinua, art. 609, perchè ànno bisogno del fatto dell' uomo per esser esercitate, e quindi il tempo della prescrizione si conta dal dì in cui il proprietario del fondo dominante non fa uso di questi dritti: si deve supporre che pel non uso di 30 anni vi abbia rinunciato.

Al contrario chi non fa uso delle servitù continue, non si può supporre un abbandono volontario per qualunque tempo non ne abbia usato. Si richiede per decorrere la prescrizione un atto contrario alla servitù, per esempio, fabbricando sul terreno su cui taluno si avea vietato di fabbricare, distruggendo il canale o deviando le acque nelle servitù di stillicidio e di acquidotto ec. L'art. non richiede che l'atto in contrario sia fatto necessariamente dallo stesso proprietario del fondo serviente; e per conseguente se questo fatto emanasse dal proprietario del fondo dominante, che, per esempio, abbia otturato le finestre mediante le quali esercitava un dritto di veduta, la presunzione di remissione della servitù, sulla quale è fondata la prescrizione sarebbe più grave Maleville sull'art. 707 cod. franc. Toullier, t. 3, n. 692. Delvincourt, lib. 2, tit. 4, nota 155. Duranton, t. 5, n. 687—*Contr*. Pardessus, n. 308

629. Il modo della servitù può prescriversi come la servitù medesima, e nella stessa maniera (1).

---

il quale cita la l. 6, ff. *de servit. praed. urb.* per sostenere che gli atti contrari debbono essere fatti del proprietario del fondo serviente.

La esistenza di vestigia delle opere destinate all'uso delle servitù, conserva forse il diritto a queste servitù? Toullier, t. 3, n. 609 adottando l'opinione di Duparc Poullin insegna l'affermativa, senza distinzione tra le servitù continue e discontinue, secondo la massima, *signum retinet signatum*. Pardessus n. 308, la cui opinione é da preferirsi ristabilisce, per questa ipotesi. la distinzione fatta dal codice fra queste due specie di servitù: egli opina che quando la servitù è discontinua il solo fatto del non uso per parte del proprietario del fondo dominante induce la prescrizione della servitù, anche quando restasse qualche opera che fosse stata destinata all'esercizio della servitù: l'esistenza quindi di una porta non conserverebbe la servitù di passaggio. Ma le opere con cui esercitansi le servitù continue, e che bastano per indicarle ed esercitarle sono sufficienti per impedire la prescrizione col non uso. Vedi anche Delvincourt, lib. 2, tit. 4, nota 154.

Per dritto romano, allorchè l'esercizio delle servitù non era permesso in tutt'i giorni, ma era periodico in tutt'i mesi o in certe stagioni o dopo un numero di anni, il tempo della prescrizione dovea esser doppio, cioè sempre di venti anni si tra gli assenti e si tra i presenti; l. 7, ff. *quemad. servit. amitt.*, e l. ult. cod. *de servit.* Domat, lib. 1, tit. 12, sez. 6, n. 13 Voet, *ad pandectas*, lib. 8, tit. 5, n. 7—Sotto l'impero del codice non è mai duplicato il tempo della prescrizione, e però il tempo di 30 anni è sempre lo stesso si per le servitù quotidiane che per le servitù periodiche. Laonde se una servitù non possa esercitarsi in virtù del titolo, se non a lunghi intervalli, per esempio, se si trattasse di un dritto di passaggio per andare a raccogliere le frutta provvenienti da un bosco o da un'altra proprietà che si coltivasse ad epoche lontane, affin di causare il pericolo di perderla col tempo, uopo è ricorrere agli atti che per legge, art. 2169, interrompono la prescrizione. Pardessus, n. 306. Duranton, t. 5, n. 686.

(1) Il modo della servitù consiste nella maniera di usarne, prescritta col titolo costitutivo; l. 4, § 1 e 2, ff. *de servit*; Toullier, t. 3, n. 698. Potendosi nel titolo stabilire il modo di esercizio delle servitù, per esempio, che si passi a piedi soltanto, o a cavallo, o anche in vettura, di giorno e non già di notte, in una determinata ora e non già nelle altre, l. 5, § 1, eod., tre casi possono accadere, cioè che si faccia uso delle servitù in un modo diverso, o nello stesso modo più esteso, o più ristretto.

Uso della servitù in un modo diverso. Colla prescrizione si perde sempre il modo statuito nel titolo, l. 10, § 1, e l. 18 ff. *quemad servit. amitt.*; ma l'altro non si acquista, se non nelle servitù che possono acquistarsi colla prescrizione, cioè nelle servitù continue ed apparenti, art. 611: così se voi mi avete concesso il dritto di aprire una finestra nel punto A, ed io non l'ho aperta che nel punto B, ho perduto dopo trent'anni il dritto di aprirla nel punto A, ma ò acquistato il dritto di mantenere quella aperta nel punto B, essendo una servitù continua ed apparente. Per lo contrario, se mi avete concesso il passaggio pel punto A, ed io l'ò esercitato per 30 anni nel punto B, ò perduto il dritto di passaggio nel punto A, senza avere acquistato la servitù di passaggio nel punto B, perchè trattandosi di una servitù discontinua, il passaggio nel punto B non può considerarsi che un atto precario e di semplice tolleranza. Lo stesso dicasi, se il titolo mi dava il dritto di attigner acqua in tempo di giorno, ed io non l'ò attinta che di notte, e viceversa, l. 10, § 1, *quemad. servit. amitt.*, e l. 2, ff, *de aqua quotid. et estiva* Toullier, t. 3, n. 702 e 703. Pardessus, n. 304.

Uso della servitù nello stesso modo, ma più esteso—Godendosi di un diritto più ampio di quello che concede il titolo, si conserva sempre il dritto attribuito dal titolo, per la ragione che il meno è compreso nel più, *in eo quod plus sit semper inest et minus*, l. 110, ff. *de R. J.;* ma non si acquista il dippiù (Voet *ad pandectas*, lib. 8, tit. 6, n. 9 e 12) se non quando si tratti di una servitù continua ed apparente prescrittibile senza titolo. Così, se Tizio mi à concesso il dritto di aprire una finestra sul suo fondo chiuso, ed io ne ò aperto due, io ò prescritto il dippiù del dritto col possesso non interrotto di 30 anni, perchè trattasi di servitù continua ed apparente. Per lo contrario, se Tizio mi à attribuito il dritto di passare a piedi sul suo fondo, ed io vi ò passato per 30 anni a cavallo, conservo il dritto di passaggio a piedi, perchè il passaggio a piedi è contenuto nel passaggio a cavallo; ma non ò acquistato il dritto di passare a cavallo, perciocchè questa servitù essendo discontinua non si può acquistare senza titolo. Toullier e Pardessus ibid. Delvincourt, lib. 2, tit. 4, nota 135.

Uso della servitù nel modo più ristretto. Le servitù si continue che discontinue riduconsi a quel che ne è conservato col possesso in tutto il tempo sufficiente per prescrivere. Così avendo la servitù di passare a cavallo pel vostro fondo, sono passato per 30 anni semplicemente

630. Se il fondo dominante appartiene a più persone in comune, l'uso fattone da alcuna di esse impedisce la prescrizione riguardo a tutte (1).

V. l'art. 2158. 631. Se fra i compadroni vi è alcuno, contro cui non abbia potuto decorrere la prescrizione, siccome un minore, conserverà questi il diritto di tutti gli altri (2).

---

a piedi, ho perduto la servitù *actus*, e ritengo solamente l'*iter*. Del pari, se aveva il dritto di aprir due finestre sul fondo, ne ò aperta una, non potrò dopo 30 anni aprir l'altra. Domat, lib. 1, tit. 12, sez. 6, n. 11. Toullier, Pardessus ibid.

Il vero senso dunque dell'art. 629 consiste in ciò: 1.° Che colla prescrizione si perde il modo stabilito nel titolo, e si acquista l'altro nelle sole servitù continue ed apparenti; 2.° Che le sole servitù continue ed apparenti possono aumentarsi in forza della prescrizione: 3.° Che tutte le servitù continue e discontinue possono diminuirsi in forza della prescrizione.

È notevole però che quando la servitù non ammette alcuna distinzione ne' suoi atti, non può venir limitata nel suo possesso, mentre l'uso di una parte conserva il tutto; per esempio, dal perchè non ò percorso tutto il cammino concedutomi, o non ò coll'acqua assegnatami irrigato tutto il mio campo, non ne deriva che dopo 30 anni il cammino si è per me accorciato, nè che io non possa irrigare coll'acqua le altre parti del mio campo; l. 8, § 1, e l. 9, ff. *quemad. servit. amitt.*

(1) È massima che *a persona ad personam non sit interruptio active nec passive*. Una delle eccezioni a questa regola è nelle materie indivisibili (Pothier, *oblg.*, n. 663), e tale essendo il dritto di servitù, l'art. 630 stabilisce ragionevolmente che l'uso fattone da uno de'comproprietari del fondo dominante impedisce la prescrizione riguardo a tutti. Del pari la domanda formata da uno de'proprietari interrompe la prescrizione riguardo a tutti: arg. dell'art. 2150. Proudhon *de l'usufruit*, n. 3127.

È chiaro che dopo la divisione del fondo dominante, ciascuno de'condividenti non può conservare il possesso della servitù, se non per la sua porzione, l. 16, ff. *quemad, servit amitt.*; e dopo la divisione del fondo serviente, le parti nelle quali la servitù non verrà in alcun modo esercitata durante il tempo richiesto per la prescrizione ne saranno liberate, e le altre rimarranno sottoposte: detta legge. Duranton, t. 5, n. 690. Pardessus, n. 303.

(2) In fatto di prescrizione il minore rileva il maggiore nelle materie indivisibili, l. 47, § 1, ff. *de minoribus*: tit. del Codice, *si in communi causa*. Merlin, rep., v. *prescription*, È conseguenza di questo principio la disposizione dell'art. 631.



LIBRO III.

DE' DIFFERENTI MODI CO' QUALI SI ACQUISTA LA PROPRIETÀ



Disposizioni generali (1).

632. La proprietà de' beni si acquista o si trasmette per successione, per donazione fra vivi o testamentaria, e per effetto di obbligazioni (2).

---

(1) Dopo di aver regolato lo stato delle persone e fissato i principî del dritto di proprietà e delle modificazioni di cui è suscettiva nella moderna organizzazione politica e sociale, il legislatore passa ad occuparsi delle diverse maniere di acquistare e di trasmettere questo dritto. Prima di discendere a regolare le maniere con le quali la proprietà si acquista e si trasmette, il legislatore enuncia in queste *disposizioni generali*, quali sieno queste maniere. La necessità di collocare a capo del libro III le nozioni preliminari che presentano le *disposizioni generali*, fu espressa dall'oratore del Tribunato, Siméon (in Locré, t. 5, p. 131, n. 5), perciocchè gli articoli contenuti in queste *disposizioni generali* distaccandosi da tutt'i titoli del libro III, ne formano il preambolo indispensabile.

(2) L'articolo mentova in ultimo luogo l'acquisto *per effetto di obbligazioni*. Per dritto romano la proprietà non poteva trasferirsi con semplici convenzioni, ma solamente con la tradizione, e questa massima era fondamentale, tranne poche eccezioni: *traditionibus, non nudis pactis dominia rerum trasferuntur*: Einnecio, *recit.*, § 339; Pothier, *de la vente*, n. 319. L'autorità del dritto romano invase tutte le legislazioni di Europa, e benchè sublimi ingegni che sottoposero l'esame delle leggi all'impero della ragione avessero dimostrato la erroneità e l'ingiustizia delle disposizioni del dritto romano, la loro dottrina rimase rilegata nelle scuole. Gli autori del codice civile ebbero il vanto di riformare questa parte della legislazione, stabilendo per principio che la proprietà de' beni si acquista *per effetto di obbligazioni*, e che la tradizione non è oggi più necessaria per trasferire la proprietà. Questa massima fondamentale del nuovo dritto è stabilita negli art. 632, 862, 1092, 1428, 2076 e 2081.

Fa quindi meraviglia come gli autori delle pandette francesi sull'art. 712 (633) asseriscano che con le espressioni, *per effetto di obbligazioni*, adoperate nell'art. 711 (632) non abbia a conchiudersi che la convenzione trasmetta la proprietà; ma che la proprietà non si acquisti se non quando della cosa promessa segua la consegna reale, e che perciò non l'obbligazione, ma la esecuzione della medesima produca l'acquisto. Questa dottrina che trova un ostacolo insormontabile ne' citati articoli, i quali stabiliscono la massima fondamentale che la proprietà è trasferita colla convenzione, è confutata dalla discussione del consiglio di Stato. Ed in vero, messo a discussione l'art. 711 (632), il processo verbale si esprime così: « Il console Cambacérès domanda perchè, conformemente al dritto » romano, la *tradizione* non è messa al numero delle maniere di acquistare.

» Treilhard risponde, che i caratteri e gli effetti della tradizione sono spiegati nel tito» lo *degli effetti delle obbligazioni*.

« Tronchet dice, che in effetti la tradizione non è che il modo d'esecuzione di un obbli» go; che anzi i mobili soli ne sono suscettivi ». Locré, t. 5, p. 63, n. 27.

Per il che è chiaro, che oggi la tradizione non è più necessaria per trasferire la proprietà, e su questa proposizione convengono distinti giureconsulti. Merlin, rep., v. *tradition*, n. 3. Toullier, t. 4, n. 59 e 60, e t. 6, n. 202 a 205. Delvincourt, t. 3, p. 71. Duranton, t. 6, n. 8.

Bisogna impertanto, in ciò che concerne i terzi che potrebbono acquistare dal venditore prima che quest'ultimo avesse consegnato la cosa al compratore, distinguere tra gl'immobili ed i mobili. Se la cosa venduta sia un immobile, la seconda vendita anche accompagna-

V. gli art. 471 e 2125. 633. La proprietà si acquista altresì per accessione o incorporazione, ed in forza della prescrizione.

634. Vi sono delle cose che non appartengono ad alcuno, e l'uso delle quali è comune a tutti.

Le leggi di polizia determinano il modo di usarne (1).

635. La facoltà della caccia e della pesca è parimente determinata da leggi particolari (2).

636. La proprietà di un tesoro appartiene a colui che lo trova nel proprio fondo. Se il tesoro è trovato nel fondo altrui, appartiene per metà a colui che l'ha scoperto, e per l'altra metà al proprietario del fondo (3). V. l' art. 523.

---

ta da tradizione non potrebbe nuocere al primo compratore, pel principio che la proprietà si era acquistata per effetto di convenzione, art. 1428, 1444, 2081. Ma se la cosa venduta fosse un mobile pel quale il possesso vale per titolo, art. 2185, sarebbe preferito il secondo compratore cui se ne fosse fatta la tradizione, art. 1095. Nulladimeno è sempre vero che fra i contraenti, tra il venditore e'l compratore, la proprietà mobiliare si trasferisce col contratto. Toullier, t. 6, n. 205, e t. 7, n. 34 e 35.

(1) Nè in questo articolo, nè in altro si novera l'*occupazione* fra i modi di acquistare la proprietà. La commissione incaricata del progetto del codice francese avea (lib. 3, art. 2, *disposizioni generali*) posto un articolo in cui si diceva: « La legge civile non rico- » nosce il dritto di semplice occupazione. I beni che non hanno avuto mai padrone, e che » sono vacanti, appartengono allo Stato. »

Su queste parte del progetto, la Corte di appello di Parigi osservò: « che non era esatto il » dire in un modo sì generale, che la legge civile non riconosce il dritto di *semplice oc-* » *cupazione*, e che i beni *i quali non hanno avuto mai padrone appartengono alla nazione*. » Vi sono cose che i giureconsulti chiamano *res comunes*, *res nullius*. S' intende forse di » togliere a' privati la facoltà di acquistare queste cose, per attribuirne esclusivamente la » proprietà alla nazione? Un privato che si porta ad attigner acqua ad una riviera non » acquista forse il dominio dell'acqua attinta? Le pietre, le conchiglie che si raccolgono » su le spiagge del mare, non appartengono forse a chi se ne impossessa? Si possono ci- » tare cento esempi di questa natura. »

Su questa osservazioni l'art. fu ridotto all'enunciazione contenuta nell'art. 713 del codice francese; *i beni che non hanno padrone appartengono allo stato* (*). E poichè questa disposizione troppo generale non può applicarsi alle cose che sono *comunes*, nè alle cose *nullius*, si aggiunse a loro riguardo la limitazione che forma l'art. 714, uniforme al nostro art. 634.

Sicchè il codice riconosce il dritto di occupazione relativamente alle cose che sono comuni, ed alle cose *nullius*, ed un effetto del dritto di occupazione sono la caccia, la pesca ec. Un esempio del dritto di occupazione è dato nell'art. 489. Questa regola vale pei mobili, perciocchè in quanto agl'immobili, non si riconosce il dritto di occupazione, e l'art. 464 che attribuisce allo stato i beni vacanti e senza padrone si applica agl'immobili: Delvincourt, lib. 3, tit. I, nota 2; Toullier, t. 4, n. 5, e n. 49 nota. In quanto alle cose perdute non à luogo il dritto di occupazione: art. 637, ll. cc., e 463, n. 6, *leg. pen.*

(2) Sino alla emanazione della nuova legge sulla caccia e sulla pesca promessa dalla legge de' 21 agosto 1826, e dal decr. de' 26 marzo 1827 sulle acque e foreste, si devono osservare per la caccia e per la pesca i titoli X e XI della legge de' 18 ottobre 1819. E con decreto de' 20 ottobre 1834 sono state ridotte a nuova forma le antiche determinazioni in materia di pesca ne' domini al di quà del Faro.

(3) Nello stesso modo decise l'imperadore Adriano la controversia insurta tra gli antichi giureconsulti sull'appartenenza del tesoro, come si osserva nel § 39 delle Instituta tit. *de rer. divis.* L'istoria di questa legislazione è esposta saviamente da Gotofredo nel suo comentario sulla l. 1. Cod. Theod., *de thesaur.*

Intorno a' tesori l'antico dritto patrio presentò varie vicende. Guglielmo I. con la costituzione *pecuniam* ordinò che chi ritrovasse argento, oro e simili, dovesse rivelarli a' Giustizieri o Baiuli per trasmettersi alla G. Corte, altramente sarebbe stato reo di furto; e si accordò a' padroni un anno per ricuperarli. Questa legge che confermò Federico II colla costituzione *mancipia* fu propriamente scritta per le cose perdute, ma fin da che fu ema-

---

(*) Questo articolo è stato cancellato nelle nostre *leggi civili*, pel motivo di essere una ripetizione dell' art. 464.

È *tesoro* qualunque cosa nascosta o sotterrata, della quale non vi ha alcuno che possa provare di essere il proprietario (1), e che viene scoperta per puro caso (2), a' termini dell'articolo 1686.

---

nata, anche ai tesori si applicò. E fu perciò che Carlo I. nel capitolo *praedicti magistri procuratores* 34, determinò la maniera di trattarsi la quistione de' tesori. Lo stesso Guglielmo con la costituzione *Dohanae* stabilì che i tesori in qualunque luogo ritrovati, cedessero in beneficio del fisco—Salito al trono Carlo II. col capo *quia non decet*, richiamò in uso la costituzione di Adriano, ed abrogò il capitolo di Carlo I. e la costituzione di Guglielmo.

(1) Se dunque si trovino sotterrate monete coniate col tipo attuale, o se ne conosca il depositario, questa somma non costituisce il *tesoro*; ma debbonsi restituire le monete al padrone, se esista, o a' suoi eredi; e non facendosi, essi hanno il dritto di revindicarle; l. 67, ff. *de rei vindic.*

(2) Il tesoro a bella posta ricercato e trovato nel fondo altrui appartiene interamente al proprietario di questo fondo, l. 63, ff. *de adquir. rer. domin.* Colui che osi di fare una simile ricerca sul fondo altrui si rende colpevole di furto; l. 31, §1, ff. *de adquir. rer. domin.*, e l. unic. C. *de thesauris*. Einnecio *recit.*, § 352. Toullier, t. 4, n. 35.

Non sarebbe lo stesso, se un operajo salariato trovasse per caso un tesoro scavando una fossa in un fondo, demolendo un muro. Taluni autori antichi pretesero il contrario, sul motivo che i giornalieri non hanno prestato la loro opera per acquistare a loro vantaggio, ma bensì per quello del padrone: questo argomento è assai debole, perciocchè il padrone non paga i lavori del mercenario per rinvenir tesori, ed il caso fortuito del rinvenimento del tesoro è precisamente quando il mercenario lavora nel fondo per ordine del proprietario, secondo la l. unic. C. *de thesauris*. I dotti quindi non esitano ad aggiudicare al mercenario la metà del tesoro. Bynkershoek, *observ.* 11, p. 123. Einnecio *de jur. nat. et gent.* cap. 9, § 249; e *recit.*, § 350 a 353. Pothier, *de la proprieté*, n. 65. Delvincourt, lib. 3, tit. 1, nota 9. Toullier, t. 4, n. 24. Decisione della Corte di Bruxelles de' 15 marzo 1810, Sirey 1810-2-23.

Secondo questi principî, a noi sembra di aver ben deciso la corte criminale di S. Maria, la quale dichiarò di non esser luogo a procedimento penale contro N. N. fabbricatore, querelato di furto per aversi appropriato, come sosteneva il querelante, un tesoro in occasione della riattazione di un muro. La G. Corte considerò, che secondo l' art. 636, la contestazione era tutta civile. Nulladimeno sul ricorso del P. M., la Corte Suprema coerentemente alle conclusioni del dotto avvocato generale sig. Nicolini, annullò la decisione con arresto del dì 9 novembre 1838, pe' seguenti motivi:

» Considerando che nella specie non trattasi della parte di un tesoro che spetti all' inventore o al padrone del fondo, in cui è stato rinvenuto; ma bensì di tesoro che si pretende rinvenuto dall' imputato, e del quale si è costui impadronito, negandone il ritrovamento.

» Considerando che anche il silenzio riservato su cose rinvenute, di cui non si conosce il padrone dà luogo ad azione penale, art. 463, n. 6, *leg. penali*.

» Considerando che comunque le disposizioni dell' indicato articolo non risguardano ciò che dalla legge è stabilito pel rinvenimento de' tesori; nulladimeno indi non segue che il tesoro trovato di cui altri s' impadronisca e neghi di averlo rinvenuto non meni ad azione penale.

» Considerando che il citato art. 636 *leg. civ.* definisce il tesoro, e stabilisce a chi appartenga; e che dall' altro lato chi lo ritrova e se ne impadronisce e nega, si espone alla severità delle leggi penali. Che di qui manifesta è la falsa applicazione del citato art. 636, leg. civ. — Annulla ».

Sicchè la Corte Suprema col riferito arresto stabilisce: 1.° che l' art. 463, n. 6 delle *leggi penali* non risguarda ciò ch' è stabilito sul rinvenimento del tesoro, ossia che l' inventore non è obbligato a rivelare la scoverta del tesoro; 2.° che l' inventore il quale s'impadronisce del tesoro, e nega di averlo rinvenuto *si espone alla severità delle leggi penali*.

Ci sia permesso di osservare, che la seconda proposizione stabilita dalla corte Suprema, dà per dimostrato ciò ch'è in controversia, non ispiega sotto quale rubrica deve classificarsi il reato, laddove sussistesse, di colui che nega di aver rinvenuto il tesoro. Fermiamoci alquanto su questa discussione.

L' art. 463, n. 6 delle leggi penali è così concepito:

Cadono in contravvenzione di polizia, coloro che ritrovano cose che sanno non appartener loro, e non ne facciano denunzia fra tre giorni all' autorità locale.

La presente disposizione non risguarda ciò ch' è stabilito NELLE LEGGI CIVILI *circa il rinvenimento de' tesori.*

637. I dritti sopra gli effetti gettati in mare, o sopra le cose che il mare rigetta, di qualunque natura sieno, e sopra le piante ed erbe che crescono lungo le rive del mare, sono pure regolati da leggi particolari (1).

V. l'art. 463 n. 6, leg. pen. Lo stesso ha luogo per le cose perdute, delle quali non si presenta il padrone.

La prima parte dell' art. adunque sarebbe stata sufficiente a spiegare che l'inventore del tesoro non è obbligato a dichiararne la scoverta, perciocchè questa obbligazione viene imposta a' ritrovatori *di cose che sanno non appartener loro*, ossia soggiacciono a questa disposizione coloro che ritrovano cose perdute; in una parola, ciò coincide coll'art. 637 leg. civ.: or l'inventore del tesoro sa che il tesoro a lui si appartiene, non l'à ritrovato che per caso fortuito; intanto la legge, ad evitar controversia, l'à testualmente dichiarato.

Ma la Corte Suprema, mentre conviene su questo principio, dall' altra parte stabilisce che l' inventore del tesoro, il quale neghi di averlo rinvenuto, *si espone alla severità delle leggi penali*. Può replicarsi a questo argomento, che se l' inventore non è obbligato a rivelare di aver trovato il tesoro, segue per necessaria conseguenza che il silenzio o la negativa dell'inventore non costituisce alcun fatto illecito, per la massima che tutto ciò che la legge non vieta è permesso. Inoltre non si sa comprendere che la negativa dell'inventore possa costituire un reato, perciocchè appartenendone a lui la proprietà, non offende gli altrui dritti negandone l' invenzione. E poi vi ponno essere de' motivi ragionevoli che determinano l' inventore a non palesare i segreti della sua famiglia, ed il fonte delle sue ricchezze. E più da vicino penetrando nello spirito della quistione, noi domandiamo: a quale pena si espone l' inventore che nega il tesoro? La Corte Suprema convenendo di non esser applicabile l' art. 463, n. 6 delle *leggi penali*, non indica sotto quale rubrica dovrebbe annoverarsi il voluto reato dell' inventore: le sanzioni penali non sono arbitrarie, i giudici non possono pronunziar pene che ne' soli casi dalla legge stabiliti, art. 200 della leg. org. giudiziaria, e 60, leg. penali.

Potrebbe impertanto obiettarsi che l' inventore negando il tesoro ritrovato sul fondo altrui, si appropria la quota spettante al padrone del fondo, e quindi reca a costui un danno.

Questa obiezione non ci sgomenta, perciocchè ammesso per poco che regesse, noi domandiamo: volendosi elevare questo fatto a reato, quale definizione gli conviene? Il. M. P. col suo ricorso diceva, che l' aversi appropriato l' inventore tutto il tesoro, mentre una metà spettavane al padrone del fondo, avea commesso in danno di costui un *furto*. Bene a ragione la Corte Suprema non à accolto questo mezzo, per essere inconciliabili gli elementi del furto coll' azione del proprietario del fondo a ripetere la metà del tesoro. Per il che può stabilirsi in principio, che per effetto del dritto di occupazione, l' inventore s'impossessa del tesoro. La legge dà azione al proprietario del fondo di conseguirne la metà, e nel caso di contestazione non possono che i giudici civili definire il dritto delle parti. Nè esitiamo a credere che l' azione del proprietario del fondo sia una pura azione personale, da istituirsi avanti il giudice del domicilio del reo, art. 151 p. c. Il danaro ritrovato presso il convenuto, deve distribuirsi per contributo tra i costui creditori; e se anche fosse provato che col danaro avesse l' inventore comprato un fondo, non potrebbe sostenersi di esservi surrogazione, perciocchè è regola costante in giurisprudenza che la cosa succede in luogo del prezzo ne' soli giudizi universali, ma nelle cose particolari la surrogazione non può estendersi che a' soli casi dalla legge espressi.

(1) La legge 1, C. *de naufragis* vietava al fisco d' intromettersi ne' beni naufragati, ma col rescritto de' 27 febbrajo 1728 fu disposto che sulle robe naufragate delle quali s' ignorasse il padrone, il fisco avesse positivo ed immediato interesse. Con la legge sulle prede marittime, emanata nel dì 12 ottobre 1807, determinossi di poter i naufraghi fra un anno ed un giorno reclamare le loro proprietà ricuperate da' legni nazionali, con obbligo di darne il terzo per premio della fatica all' equipaggio che le ha raccolte; come anche poter essi entro lo stesso tempo conseguire il prezzo ricavato dalla vendita de' bastimenti senza equipaggio naufragati o arrenati sulle coste del regno, o dall' avanzo de' naufragi che il mare vi avrà deposti, senza obbligo di alcun rilascio, ma solo delle spese occorse: art. 8 e 9 della d. leg. Poscia con gli art. 209 a 223 della legge del 1 giugno 1817 sono stati incaricati gl' impiegati delle dogane di concorrere insieme cogl' impiegati di marina e con quelli della pubblica salute, alla salvezza degli oggetti naufragati; come anche si è imposto a' particolari che trovassero effetti sulle coste di denunziarli alla dogana sotto pena di ammenda di duc. 120, oltre le pene di contravvenzione alle leggi sanitarie, e l' azione di furto, se si avessero appropriati gli oggetti: che perciò l' art. 413, n. 3, delle *leggi penali* dichiara furto qualificato quello commesso sulle cose gittate per cagion di naufragio.

TITOLO I.

DELLE SUCCESSIONI (1).

CAPITOLO I.

Dell'apertura delle successioni, e del passaggio del possesso negli eredi.

638. Le successioni si aprono per la morte naturale, o per condanna por- V. gli art. 646, 822 e 1084.

(1) I. Le leggi sulle successioni sono una dipendenza naturale delle instituzioni di un popolo. L'editto successorio perciò dipendendo da' principî del dritto politico, segue le variazioni e le vicende cui sono soggette le nazioni. I giureconsulti che non hanno meditato su' veri fonti della scienza della legislazione qualificarono per ingiusta sì la legge *Veconia*, la quale vietava d'instituire erede una femmina, fosse ella eziandio la propria figliuola, che le leggi delle XII tavole, secondo le quali succedendo le femmine a' loro padri egualmente con i maschi in potestà, escludevano i fratelli emancipati; ma se si fosse considerato che nel tempo in cui fu scritta, il legislatore mirava alla conservazione de' beni, a fermare la instituzione politica dello stato, a buon dritto si sarebbe conchiuso che siffatte leggi eran adattate al sistema politico del governo.

La storia quindi dell'editto successorio de' Romani sotto questo punto di veduta è stata una ricerca assai grave; e la mente filosofico-politica del Montesquieu vi ha corrisposto, consacrando il libro 27 della sua celebre opera dello *spirito delle leggi* ad illustrare coi principî del dritto politico, *l'origine e le rivoluzioni delle leggi de' romani intorno alle successioni*

Caduto l'impero romano, l'Europa soggiacque ad un destino comune: barbarie e quindi ignoranza. Il nostro regno è andato soggetto a continue invasioni e cangiamento di dinastie, nè questo è il luogo d'indagarne le cause. Variazioni quindi nell'editto successorio, distinzioni di classi di persone e privilegi nell'ordine delle successioni, pregiudizi pel lustro delle famiglie, e perciò la legge sacrificava e'l cittadino e l'uomo, e solo pensava alla stabilità de' fedecommessi. Le leggi successorie anteriori a' tempi di Federico II, e che escludevano le femmine anche s'erano sole, dalla successione, aveano per fondamento il dritto della forza: la costituzione *in aliquibus* di Federico II migliorò in parte l'ordine delle successioni, e pure era una sorgente di mille liti; e le patrie consuetudini sull'editto successorio formavano una parte complicatissima della nostra legislazione, così che i pubblicisti potrebbero dimostrare che con quel regime il nostro paese non poteva progredire in utili riforme.

Il principiar del secolo decimonono formerà epoca nella storia de' secoli. La riforma della legislazione fu uno degli oggetti più interessanti, e massime l'editto successorio. Nel 1809 fu ne' dominî al di qua del faro adottata la legislazione francese, e col codice civile anche la materia delle successioni. L'ordine delle successioni da quel codice stabilito non era in tutte le parti adattabile al nostro paese, ed il Re Ferdinando con legge de' 26 gennajo 1816 vi portò una pronta riforma. Ne' prolegomeni di questa legge è scolpito in poche e gravi parole il principio da cui deve partire il legislatore nel regolare l'ordine delle successioni: *non deve opporsi alle abitudini ed a' costumi di un popolo, non deve conculcare gl'interessi delle famiglie, deve consultare le affezioni del cuore umano, e non deviare dallo scopo politico e morale, al quale debb'esser diretto l'ordine delle successioni.*

Per siffatti motivi le leggi civili hanno stabilito un ordine di successione che in generale corrisponde allo scopo cui leggi di tal natura debbono essere dirette.

Tranne alcune modificazioni importanti sull'ordine con cui gli eredi legittimi sono chiamati alle successioni, tutte le altre parti del titolo del codice francese sono state ritenute nelle *leggi civili*, perchè contengono principî solidi e complessivi di una materia sì vasta. La redazione del titolo delle successioni, meritamente qualificato *un modello di precisione e di chiarezza* è opera di Treilhard, e porta la impronta de' suoi sublimi talenti e delle sue profonde cognizioni. Egli dà termine a' motivi del titolo delle successioni con ricordare ai magistrati ed a' giureconsulti, che se le leggi sulle successioni sono redatte in maniera che tutt'i cittadini possono facilmente intenderle; essi non sono dispensati di studiare i principî della materia nella loro sorgente, e massime nel dritto romano.

tante la privazione de' dritti civili (1).

639. La successione per condanna portante la privazione de' dritti civili è aperta dal momento in cui questa viene inflitta, in conformità delle disposizioni della sezione II del capitolo II *della privazione de' diritti civili*, lib. I. titolo I.

V. l'art. 1306.

640. Ignorandosi la morte di più persone, si presume morta sempre la più avanzata in età (2).

641. Se più persone rispettivamente chiamate alla successione l'una dell'altra periscono per uno stesso infortunio, inclusa anche la guerra e la peste (3), senza che si possa scoprire quale fra di esse è premorta, la presunzione della sopravvivenza è determinata dalle circostanze di fatto, ed in mancanza di queste, dal vigore della età o del sesso (4).

V. gli art. 1303 e 1307.

II. La trasmissione de' beni e delle obbligazioni di una persona defunta ad una o più persone che subentrano in suo luogo e che vengono indicate col nome di *eredi*, chiamasi *successione*: *nihil aliud est hæreditas, quam successio in universum jus, quod defunctus habuit*; l. 24 ff. de V. S., e l. 62, ff. de R. I. Dicesi ancora successione la cosa stessa che si trasmette agli eredi, cioè il patrimonio del defunto; così nell'art. 1542 la parola *eredità* dinota il dritto alle cose che compongono la successione. Che perciò la parola *successione* si riferisce tanto al *modo* con cui il patrimonio del defunto viene trasmesso, quanto alla cosa medesima che forma l'oggetto della trasmissione. Domat, parte 2, lib. 1, tit. 1, n. 3.

Vi sono due modi di succedere: uno per disposizione della legge e chiamasi successione *legittima*: l'altro per volontà dell'uomo, ed ha luogo per testamento, art. 928, o per istituzione di erede fatta in un contratto di matrimonio, art. 1038, e che dicesi *istituzione per contratto*: vi sono dunque tre specie di successioni: le legittime, le testamentarie e quelle per contratto. È intanto un principio generalmente riconosciuto che quasi tutte le regole stabilite dal codice al titolo delle successioni *ab intestato*, massime quelle relative alle divisioni ed al pagamento de' debiti, debbono essere applicate alle successioni testamentarie e contrattuali, perciocchè non vi sono regole particolari stabilite rispetto a queste successioni. Domat, *trattato delle leggi*, cap. 14, n. 15; e parte 2, lib. 1, tit. 1: Chabot, *traité des successions* ne' prolegomeni, e sull'art. 774 (691) n. 14.

(1) Una successione si apre al punto della morte; in quell'istante fisico l'erede viene riputato rimpiazzare il defunto; ch'è quanto gli statuti della Francia aveano così energicamente espresso con quelle parole: *il morto mette in possesso il vivo*. I beni, i diritti di un defunto non possono restare sospesi; egli viene rimpiazzato al momento in cui muore, ed à per erede colui che in questo stesso momento si troverebbe chiamato dalla legge. Si comprende perciò quanto è importante di sapere a qual epoca è avvenuta la morte di colui della cui successione si tratta, perciocchè gli eredi possono essere differenti secondo che più presto o più tardi rimane aperta la successione. V. i motivi degli oratori del governo ed il rapporto fatto da Chabot al Tribunato, in Locré t. 5, p. 91, n. 4 e 5, p. 106, n. 10, e p. 131, n. 8 e 9.

Il codice francese riconoscendo la morte civile, non metteva su questo punto alcuna differenza tra la morte naturale e civile. Nelle nostre leggi non ammettendosi la morte civile, si sono ragionevolmente sostituite alle parole, *per morte civile*, adoperate nel corrispondente art. 718 del codice francese, le altre, *o per condanna portante la privazione de' dritti civili*. Vedi la nota 4, p. 11, e la nota 1, pag. 12 e seg.

L'assenza non dà luogo all'apertura della successione: nulladimeno gli eredi presuntivi possono provocare ed ottenere la definitiva immissione in possesso, i cui effetti sono gli stessi di quelli dell'apertura della successione per la morte provata. Vedi gli art. 126, 127, 129, 135 e 138.

(2) La disposizione di questo articolo che non à il corrispondente nel codice francese è tratta dal l. 9, § 4, ff. *de rebus dubiis*. I giureconsulti francesi aveano promosso la quistione, se la disposione dell'art. 720 (641) era applicabile al caso in cui due persone chiamate rispettivamente a succedersi fossero morte non già nel medesimo infortunio, e Chabot su detto art. n. 5, seguito da Duranton, t. 6, n. 42, e da Favard, rep. v. *successions*, sez. 1. § 1, n. 3 aveano adottato l'opinione oggi sublimata in legge dal nostro articolo.

(3) Era dubbio, se sotto la voce *infortunio* andasse compresa la *peste* e la *guerra*. Le nostre leggi l'ànno rimosso, aggiungendo al corrispondente art. 720 del codice francese, le parole, *inclusa anche la guerra e la peste*; l. 9, § 1 ff. *de rebus dubiis*.

(4) Non rare volte avviene che più persone di cui l'una è erede presuntiva dell'altra muojano nello stesso infortunio. Certamente la persona morta in ultimo à raccolta l'eredi-

642. Se coloro che perirono insieme, avevano meno di anni quindici, si presume che sia sopravvissuto il più avanzato in età. V. l'art. 1306.

Se erano tutti maggiori di sessant'anni, si presume che sia sopravvissuto il men vecchio fra essi.

---

tà degli altri. Così, se un padre ed un figlio sieno morti nello stesso naufragio, laddove sia morto prima il padre, succederà la madre del figlio; nel caso contrario succederanno i collaterali del padre. Per istabilire dunque una regola fissa, il legislatore à dovuto determinare l'ordine in cui si debbe supporre che le morti sieno seguite. Quest'ordine non poteva essere l'istesso di quello determinato nell'art. 640 relativo alla presunzione di sopravvivenza di più persone che non sieno morte nello stesso infortunio, perciocchè in questo caso la presunzione naturale è che il più giovine sia sopravvissuto; à dovuto bensì desumere, in mancanza di circostanze di fatto, dalla forza dell'età o del sesso, le congetture più verosimili di sopravvivenza. Quindi, se costa che di due individui morti in battaglia uno stava alla vanguardia e l'altro alla retroguardia, bisogna presumere morto il primo. Nella rovina di un edificio bisogna presumere morto dopo, colui che stava in quel piano che è crollato in ultimo; Voet, *ad pandectas*, lib. 34, tit 5, n. 3 e 4; Chabot, sull'art. 720 (641) n. 3; Toullier, t. 4, n. 77. In mancanza di circostanze di fatto da costituire una presunzione sufficiente di sopravvivenza, allora questa presunzione non può risultare che dalla robustezza dell'età o del sesso, ed i due articoli seguenti determinano come debba calcolarsi la robustezza dell'età o del sesso.

Si è promossa la quistione, se la disposizione di questo art. e de'due seguenti sia applicabile a'casi, in cui, sia il testatore e'l legatario, sia il donante e'l donatario nelle successioni contrattuali, sieno periti nel medesimo in fortunio, senza che si abbiano pruove della sopravvivenza di uno di essi. La negativa viene sostenuta dallo spirito della legge, dal testo e dalle regole generali del dritto, ed eccone in breve gli argomenti:

1.° Era assolutamente indispensabile che la legge avesse nelle successioni intestate stabilito delle presunzioni di sopravvivenza, bene spesso contrarie alla verità, non potendosi altramente conoscere a quali eredi dovessero deferirsi le successioni di coloro, che fossero periti nel medesimo infortunio. La stessa necessità di ammettere queste presunzioni ne'legati o nelle istituzioni contrattuali non esiste, perciocchè non costando della sopravvivenza, la legge à determinato il modo come tramandarsi i beni: se si tratta di un testamento, il legato è caduco non sopravvivendo il legatario al testatore, art. 994; spetta quindi agli eredi del legatario di provare la sopravvivenza del loro autore, e se non fanno questa prova, i beni sono trasmessi dalla legge agli eredi del testatore. Nelle istituzioni contrattuali gli art. 1038 e 1044 dichiarano caduca la donazione, se il donante sopravviva allo sposo donatario ed alla sua posterità. Gli eredi quindi del donante che sia morto nel medesimo infortunio debbono provare che il donante sia sopravvissuto al donatario morto senza posterità (*).

2.° La presunzione di sopravvivenza è stabilita dall'art. 641 per determinare l'ordine delle successioni di più persone *rispettivamente chiamate alla successione l'uno dell'altro*. Or fra il testatore e'l legatario, fra donante e'l donatario non si tratta già di regolare la successibilità, ma bensì di determinare, se sia valido il legato o la donazione ch'è stata fatta ad uno di essi. La disposizione quindi dell'art. 641 fatta per le persone *rispettivamente chiamate alla successione*, non può estendersi a'legati ed alle donazioni, non essendosi la stessa disposizione scritta nel titolo delle *donazioni e de'testamenti*.

3.° Sotto l'impero del dritto romano, la quistione in disamina era molto controvertita, ed alcuni giureconsulti poggiandosi sulla l. 9, § 4 ff. *de rebus dubiis* opinavano che anche ne'testamenti si dava luogo alla presunzione della sopravvivenza dell'erede: questa opinione poteva sostenersi, perchè presso i romani era il favore della causa che quasi in tutt'i casi determinava la presunzione di sopravvivenza: i romani favorivano le disposizioni testamentarie, e come era una specie d'ignominia morire senza erede, nel dubbio si prendeva il partito di mantenere la istituzione di erede. Ma ne'legati che non godevano lo stesso favore delle istituzioni, la l. 17 dello stesso titolo dice, che se il legatario è morto col testatore, gli eredi non sono tenuti alla prestazione del legato, a meno che la precedente morte del testatore non sia provata. Or che presso di noi i testamenti non sono così favoriti come l'erano presso i romani, e che la istituzione di erede non è richiesta per la validità de'testamenti, si rende chiaro che il legato non si deve quando non si provi di esser il legatario sopravvissuto al testatore.

(*) Duranton, t. 6, n. 49 è di avviso che quando si tratti di donazioni di beni futuri o istituzioni contrattuali, non debbono gli eredi del donante provare che sia sopravvissuto al donatario; sibbene gli eredi del donatario debbono provare la premorienza del donante.

Se gli uni avevano meno di quindici anni, e gli altri più di sessanta, si presume che sieno sopravvissuti i primi (1).

643. Se coloro che perirono insieme, avevano compito l'età di anni quindici, e non oltrepassavano quella de' sessanta, quando vi sia eguaglianza di età, o quando la differenza non ecceda di un anno, si presumerà sempre che sia sopravvissuto il maschio.

V. l'art. 1306.

Se essi erano dello stesso sesso, la presunzione di sopravvivenza che dà luogo all'apertura della successione, dee ammettersi secondo l'ordine naturale; e quindi il più giovane si presume sopravvissuto al più vecchio (2).

4.° È principio generale di dritto che appartiene all'attore di provare il fatto che serve di base alla sua azione: *onus probandi incumbit actori*. In conseguenza di questo principio, l'art. 141 dispone che, *chiunque reclamerà un diritto competente a persona di cui s'ignori l'esistenza, dovrà provare che la medesima persona esisteva quando si è fatto luogo a tale diritto: senza questa pruova la domanda sarà dichiarata inammessibile*. Or l'esistenza del legatario non può esser riconosciuta, perchè è morto: debbono dunque i suoi eredi provare che sia sopravvissuto al testatore. È questo il risultato delle opinioni di Merlin, Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 14, Chabot sull'art. 720 (641) n. 6; Favard, v. *successions*, sez. 1, §. 1, n. 6; degli autori delle pandette francesi sull'art. 720, di Carrè, di Duranton, t. 6, n. 48.

Ma Maleville sull'art. 722 (643) si è pronunziato per l'opinione contraria, seguito da Toullier, t. 4, n. 78, il quale à impreso a confutare con forza il sistema di Chabot. Toullier stabilisce tre proposizioni contrarie a quelle di sopra enunciate, e replicando alla obiezione che gli art. i quali stabiliscono le presunzioni legali di sopravvivenza sono collocati nel titolo delle presunzioni *ab intestato*, si avvale dell'argomento *ad hominem*, poichè Chabot à insegnato che quasi tutte le regole stabilite nel titolo delle successioni *ab intestato*, soprattutto quelle relative alla divisione e pagamento de'debiti (vedi la nota 1 pag. 245 e 246, n. II) sono applicabili alle successioni testamentarie.—L'argomento *ad hominem* qui non è fondato, perciocchè un principio generalmente espresso non può in tutt'i casi particolari applicarsi, massime quando per la natura stessa delle cose l'analogia non può aver luogo. Domat tratta la teorica delle presunzioni di sopravvivenza *de commorientibus* nella parte 2, lib. 1, tit. 1, sez. 1, nella quale avverte che « tutti gli articoli di questa sezione convengono ed agli eredi *testamentari*, ed agli eredi *ab intestato*; ed intanto nella stessa sezione, n. 21, nel quale stabilisce le regole di sopravvivenza, soggiunge: « Non sarebbe lo stesso se si trattasse soltanto di un legato; in tal caso a colui che rappresentasse il legatario toccherebbe a provare che fosse morto prima il testatore. La differenza tra questi due casi risulta da ciò, che nella successione, il giudice si trova forzato a supporre che uno de'due è sopravvissuto all'altro, laddove nel caso di un legato, questa supposizione non è assolutamente necessaria: ma a colui che allega esser premorto il testatore tocca a provare che il legatario è realmente sopravvivuto ». — Per il che la dottrina di Toullier non sembra adottabile.

(1) Si noti che nello stabilire le presunzioni di sopravvivenza tra coloro che aveano meno di 15 anni, o più di 60 anni, la legge non ammette alcuna distinzione relativa alla differenza de' sessi; e quindi il sesso di tali persone non deve affatto mettersi a calcolo per determinare quale di essa debba presumersi sopravvissuta. Voet, *ad pandectas*, lib. 34, tit. 5, n. 3, Chabot, sull'art. 721 (642), n. 6. Toullier, t. 4, n. 74.

(2) Non si è preveduto il caso in cui una delle persone perite nel medesimo infortunio avesse meno di 15 anni, e l'altra più di 15, ma meno di 60 anni. Senza dubbio quest'ultima devesi presumere sopravvissuta, perchè avea maggior robustezza. Questa decisione deriva da' principî stabiliti negli art. 642 e 643. Chabot sull'art. 722 (643), n. 3; Toullier, t. 4, n. 74; Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota XI.

Neppure si è preveduto il caso di due gemelli periti nello stesso infortunio. Per la legge *Arescusa*, 15 ff. *de statu hominum* si reputava maggiore quegli che il primo era uscito alla luce, ed in mancanza di prova su questo fatto si reputava maggiore il più robusto, l. 10 in fin. ff. *de rebus dubiis*. I magistrati debbono seguire questa dottrina, secondo Chabot, sull'art. 722 (643), n. 4, Favard, rep. v. *successions*, sez. 1, § 1, n. 5, Duranton, t. 6, n. 52. Ma Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 14, senza parlare dell'epoca della nascita, propone solamente di considerare le forze rispettive di ciascuno gemello; e Toullier, t. 4, n. 7, soggiunge che bisogna ammettere la sopravvivenza del più robusto nel solo caso in cui, due gemelli dello stesso sesso abbiano meno di 15 anni o più di 60 anni; al contrario, secondo lui, si presumerebbe morto il primo se aveano 15 anni o meno di 60. Ma queste di-

644. La legge regola (1) l'ordine di successione fra gli eredi legittimi (2). In mancanza di questi passano i beni a' figli naturali (3); quindi al conjuge superstite (4); ed in loro mancanza allo Stato (5).

645. Gli eredi legittimi acquistano *ipso jure* (6) il possesso de' beni, de' diritti e delle azioni (7) del defunto, coll'obbligo di soddisfare a tutti i pesi ereditarj (8). I figli naturali, il conjuge superstite e lo Stato debbono farsi V. gli art. 930, 932, 692, 694, 714, 791.

---

stinzioni di Toullier vanno incontro ad un grave inconveniente. Ed in vero presumendo morto il primo, se i gemelli avessero 15 anni o meno di 60, ne segue che il più robusto è trattato come il primogenito; ma al di sopra di 60 anni presumendosi che sia sopravvissuto, allora è considerato come di meno età: dunque lo stesso individuo, al di sotto di 60 anni, si reputerà più vecchio; al di sopra, più giovine. E questo un evidente controsenso.

(1) Nel capitolo 3 di questo titolo.

(2) Gli eredi legittimi sono quelli cui la legge deferisce la successione per *parentela legittima* col defunto; e parenti legittimi sono quelli nati da matrimoni validamente contratti e legalmente provati, giusta le disposizioni contenute nel titolo del *matrimonio*, art. 189 e 190. Nulladimeno i figli nati da un matrimonio nullo, contratto in buona fede da uno dei conjugi, sono reputati legittimi, art. 191 e 192. I figli legittimati per susseguente matrimonio sono anche parenti legittimi, art. 253 e 255.

La legge deferisce la successione anche a' figliuoli adottati del defunto, art. 274: vedi la nota 5, pag. 87.

(3) *In mancanza di questi passano i beni ai figli naturali*. Queste parole trascritte letteralmente dal corrispondente articolo 723 del codice francese, contengono, pel sistema adottato dalle nostre leggi per la successione cui sono chiamati i figli naturali, una imperfezione di redazione, per più motivi: 1.° Pel codice francese e per la legge de' 26 gennajo 1816, i figli naturali non erano chiamati col titolo e col carattere di *eredi* (vedi la nota all'art. 674), e perciò nell'art. 723 (644) s'impiegarono le espressioni *i beni passano* a' figli naturali, per dinotare ch'erano semplici successori. Or che si è soppresso l'art. che dichiarava i figli naturali *non eredi*, si vede bene che male a proposito si sono ritenute le parole *i beni passano*, anche perchè nell' art. 674 si sono adoperate le parole: *i figli naturali succedono*; 2.° I figli naturali non succedono *in mancanza de' parenti legittimi*, che anzi concorrono co' medesimi nella successione del padre; e nella successione della madre escludono gli ascendenti e collaterali della medesima, secondo l'art. 674 che à modificato gli art. 756 757 del codice francese.

(4) In mancanza di parenti legittimi o figli naturali, la successione non passa al conjuge superstite, che quando il defunto non abbia lasciato ascendenti naturali e fratelli naturali, art. 680 e 681. L'art. in esame adunque contiene quest' altra imperfezione di redazione.

(5) *Fiscus post omnes;* l. unic. ff. *unde vir et uxor;* l. ult. Cod. eod.; l. 1, §. 4, cod. *de bonis vacantibus;* art. 684.

(6) Donde la regola, *il morto mette in possesso il vivo*. « La morte o la condanna portante la privazione de' dritti civili, apre la successione. Essa viene aperta a beneficio de' legittimi eredi; essi entrano di pieno dritto in possesso del patrimonio del morto, senza che v'occorri fare alcuna ricerca; utile e bel pensiere, col mezzo del quale la proprietà non resta mai in sospeso, e riceve malgrado le vicissitudini e l' instabilità della vita, un carattere d' immutabilità e di perpetuità. L' uomo muore; i suoi beni, i suoi dritti si perpetuano. Ei più non esiste: altri in sua vece entrano nel possesso delle sue facoltà e riempieno quel vuoto da lui lasciato ». Discorso di Siméon, in Locré 5, pag. 132, n. XI.

È una conseguenza di questo principio, che l' accettazione dell' eredità si retrotrae al giorno dell'aperta successione, come pure l'erede morendo prima di accettare l'eredità, trasmette questo dritto al suo erede, art. 694 e 698: Vedi la nota all'art. 698.

Il testatore non potrebbe dispensare i legatari dal chiedere il rilascio de' legati, poichè la legge che accorda a' parenti del sangue il possesso legale è di ordine pubblico. È stata necessaria una disposizione speciale per accordare al legatario universale il possesso *ipso jure* de' beni nel caso dell'art. 932. Chabot sull'art. 724 (645), n. 14.

(7) Meno que' dritti e quelle azioni inerenti alla persona del defunto. Così l' usufrutto che avea il defunto, non si trasmette al suo erede; art. 542.

(8) L' erede subentra *ipso jure* nel luogo del defunto, tanto per la parte attiva, che per la parte passiva. I pesi dell' eredità sono di tre sorte: 1.° pesi che sono dovuti indipendentemente dalla volontà del defunto, come i debiti, la restituzione de' beni soggetti a

V. gli art. 685 e 686. immettere in possesso giudizialmente ne'modi che verranno determinati (1).

CAPITOLO II.

Delle qualità richieste per succedere (2).

V. gli art. 638, 639, 822, 994 e 998. 646. Per poter succedere è necessario di esistere nel momento in cui si apre la successione.

---

questo vincolo; 2.° pesi che il defunto à potuto ordinare, come i legati; 3.° pesi che possono sopraggiungere dopo la sua morte, come le spese funerarie. Domat, parte 2, lib. 1, tit. 1, sez. 1, n. 7.

(1) Non riproducendosi nel secondo paragrafo dell'articolo, riguardo a' successori irregolari, le parole: *con l'obbligo di soddisfare tutt'i pesi dell'eredità*, si sono elevate due quistioni: 1.° Se i figli naturali sieno tenuti al pagamento de'debiti dell'eredità *ultra vires* (per la risoluzione di questa quistione vedi la nota all'art. 685); 2.° Se il figlio naturale e 'l conjuge superstite morendo prima della domanda dell'immissione in possesso, trasferiscano a' loro eredi il dritto di fare tale domanda. Gli autori delle pandette francesi ànno opinato per la negativa, pel motivo che i figli naturali non essendo *eredi*, nè avendo il possesso legale, non possono trasmettere un dritto che non ànno acquistato. Questa opinione è stata giustamente confutata come erronea, perciocchè confonde il possesso coll'azione al rilascio che si acquista nell'atto dell'apertura della successione; ed inoltre due argomenti ineluttabili respingono questa dottrina: 1.° Per l'art. 675 i discendenti del figlio naturale, possono rappresentare il loro padre nella successione: dunque a più forte ragione il padre à loro trasmesso il dritto che avea acquistato: 2.° Il legatario particolare non à il possesso legale, e deve fare la domanda pel rilascio del legato; se muore intanto prima del rilascio, trasmette il suo dritto agli eredi, art. 968: quindi è evidente che il dritto alla successione testata o intestata si acquista dal giorno della apertura della successione, e la domanda d'immissione in possesso è un semplice espediente per la conservazione de'dritti degli eredi che si scoprissero posteriormente. Domat, parte 2, lib. 1, tit. 1, sez. 1, n. 15: Chabot su questo art., n. 16. Toullier t. 4, n. 90. Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 78. Duranton, t. 6, n. 63.

Segue da questa discussione, che l'immissione in possesso pe'figli naturali altro non essendo che un espediente di sicurezza e di conservazione per gli eredi che si scoprissero posteriormente, a noi sembra che i compilatori delle nostre *leggi civili* avrebbero dovuto dispensare i figli naturali, in quanto alla successione della madre, dall'obbligo di domandare l'immissione in possesso. Dappoichè essendosi nell'art. 674 stabilito il principio che i figli naturali succedono alla madre come i figli legittimi, a che obbligarli a domandare l'immissione in possesso, quando anche nella esistenza degli ascendenti legittimi e collaterali succedono a preferenza di costoro? È una incoerenza, che mentre il figlio naturale concorrendo alla successione della madre co' figli legittimi è uguagliato a costoro sì nella quota, che in tutt'i diritti, gli viene poi negato soltanto il possesso legale. Cresce questo inconveniente, quando il figlio naturale deve domandare il possesso a coloro che non ànno un dritto di riserva alla successione. Dippiù, se il legatario universale che ripete il suo dritto dalla volontà dell'uomo à *ipso jure* il possesso de' beni, quando il testatore non lascia eredi della riserva, art. 932, con qual giustizia si nega il possesso legale al figlio naturale che per opera della legge acquista dritto a tutta la succcessione e massime ora che à anche il dritto alla riserva?

(2) Nel momento in cui resta aperta la successione, si apre ancora il dritto dell'erede. Da ciò risulta che per esser atto a succedere bisogna avere *qualità* all'istante dell'apertura della successione.

Per sapere chi può essere erede, bisogna sapere chi nol può essere, perciocchè sapendosi chi non à qualità a succedere, ne segue naturalmente che tutte le altre persone possono essere eredi.

La mancanza di qualità a succedere può derivare da *incapacità* o da *indegnità*: l'una e l'altra non sono da confondersi per delle importanti conseguenze. La incapacità è la mancanza delle qualità richieste per succedere al momento della morte del defunto. La *indegnità* per lo contrario deriva da un fatto personale di colui che avendo le qualità richieste per succedere, gli viene tolta la successione per effetto di sentenza che pronunzia la indegnità. In una parola, l'incapace non può acquistare nè ricevere; al contrario l'indegno, capace dell'uno e dell'altro, non può conservare quello che à ricevuto o acquistato. Vedi la nota 3, p. 257.

Sono quindi incapaci di succedere
1.° colui che non è ancora conceputo (1);
2.° il fanciullo che non è nato vitale (2).

---

(1) L'epoca del concepimento si determina con le regole spiegate negli art. 234 e 237.

(2) I. La speranza della nascita fa considerare il fanciullo come vivo dall'istante del concepimento; ma se rimane delusa questa speranza, la presunzione che lo facea riguardar come vivo non può più esser fondata sulla realità. Non succedono quindi i figli nati morti, quantunque fossero viventi nel seno della madre all'epoca dell'apertura della successione, poichè non si è potuto giammai annoverarli tra le persone capaci ad acquistar beni: *qui mortui nascuntur*, *neque nati*, *neque procreati videntur; quia nunquam liberi appellari potuerunt;* l. 129, ff. *de V. S.*

La medesima incapacità esclude dalla successione coloro che dando segni di vita, non nascono vitali, ossia nello stato di conformazione avanzata e perfetta da poter conservare la vita. La legge non fissa alcuna regola sull'epoca dell'essere atto a vivere, e non potrebbe darne abbastanza sicure e precise: i segreti della natura a questo riguardo sono impenetrabili; e perciò à preferito di rimettere le diverse quistioni che potrebbero insorgere su tale materia a' giudizi de' tribunali che decideranno secondo i fatti e le circostanze particolari. Per avere de' buoni principi sulla quistione tendente a sapere, se un bambino è nato vitale, vedi i processi verbali del consiglio di stato di Francia sulla discussione dell'art. 314 (236), in Locré 3, p. 25, n. 9 a 14, p. 70, n. 5. Merlin, *questions de droit*, v. *vie*, § 2, ove è inserita una bella memoria di Alfonso Leroi sulla materia; Chabot su questo art. n. 11 a 15. Toullier, t. 4, n. 95 a 101: Duranton, t. 6, n. 75 a 77.

In fine è da notare che per dichiararsi capace di succedere il fanciullo nato vitale, si richiede altresì che sia nato con una figura umana, e non possa annoverarsi nella classe de' mostri e de' prodigi: *non sunt liberi qui contra formam humani generis converso more procreantur: veluti si mulier mostruosum aliquid aut prodigiosum enixa sit*, l. 14, ff. *de statu hominum*. Gli autori perciò sono di accordo, che fuori di questo caso, i vizi più notabili del corpo che non distruggono i caratteri dell'umanità, non impediscono che il fanciullo fosse riputato nell'ordine naturale. Domat, parte 2, lib. 1, tit. 1, sez. 2, n. 4. Chabot, sull'art. 725 (646), n. 13. Duranton, t. 6, n. 75.

II. Il terzo comma del corrispondente art. del codice francese dichiarava incapaci a succedere, *quegli che è morto civilmente*. Questo comma si è soppresso nel nostro art. 646, perciocchè nell'art. 16 delle leggi penali è stabilito che il condannato all'ergastolo (sola pena che produce perdita di dritti civili) è incapace di succedere: vedi la nota 1, p. 12 e 13.

III. I religiosi e religiose professe sono incapaci a succedere: tanto risulta da due reali rescritti de' 30 gennajo e 9 marzo 1822 che ànno risoluto il dubbio anche agitato nell'antico foro (*). È essenzialissimo trascriverne le parole.

Rescritto de' 30 gennajo 1822, diretto a Monsignor Arcivescovo di Reggio: » Ho rassegnato a S. M. i rapporti di V. S. illus. e rev. relativi alla capacità o incapacità a succedere de' religiosi e religiose. S. M. prendendo in considerazione il tenore delle leggi successorie in vigore ed i principi del dritto canonico, si è degnata ordinare che fosse rescritto a v. S. ill. e rev., che i religiosi e religiose professe a ragione de' voti monastici sono incapaci a succedere ».

(*) Nell' antico foro si dubitò molto della incapacità del monaco a succedere dopo la sua professione. Nè mancarono de' dottori a sostenere, che ritenuta la *incapacità* del monaco, conveniva distinguere la incapacità ad *acquistare*, da incapacità per *ritenere*: il monaco fu ritenuto incapace a *ritenere*, non incapace ad *acquistare* pel suo monastero, *quidquid monacus adquirit*, *monasterio adquirit*, a segno tale che avendo rinunziato il monaco all' eredità, poteva il monastero in sua vece succedere: Fusarin, *tract. de vulg. subst.*, *quest. 41*. Perciò fu introdotto l' uso delle rinuncie nel fine d' impedire al monastero che acquistasse quel che il monaco acquisterebbe succedendo.

Nel nostro regno, anche dopo che furono richiamate in vigore le leggi *di ammortizzazione* (vedi la nota 1, pag. 7) che vietavano a' monasteri ed alle chiese gli acquisti, si dubitava, se interdetto fosse al monaco di succedere, tutto che interdetto fosse al monastero. E con real dispaccio de' 21 agosto 1772, benchè scritto pel monaco secolarizzato, fu disposto così: « Sul dubbio proposto ad occasione di » alcuni ricorsi in riguardo alle pretenzioni de' religiosi secolarizzati su' beni a' quali essi ànno rinunziato nel tempo della loro professione, à il Re risoluto e vuole per punto generale che, i religiosi secolarizzati, quando sia stata valida e legittima la rinunzia, non abbiano dritto alla proprietà de' beni rinunziati, ma agli alimenti e questi pieni e tassati secondo la quantità del patrimonio, il numero de' figli, le qualità e condizioni della persona - Beninteso che con ciò non si tolgano le ragioni » che alcuno potrebbe avere anche sulla *proprietà* o per circostanze particolari di fatto, o per riserve » che si fossero apposte nella rinunzia, o per quello che si opponesse riguardo al consenso ed intelligenza bastante ad alienare, ed obbligarsi. »

647. Uno straniero è ammesso a succedere ne'beni che lo straniero o na-

---

Rescritto de' 9 marzo 1822, indiritto a' Procuratori generali del Re. » Si è dubitato » se i religiosi e le religiose professe sieno capaci di succedere, e se le rinunzie autorizzate dal dritto canonico prima della professione religiosa incontrino l'ostacolo del dritto » civile. Questo dubbio è stato rassegnato a S. M., e la M. S. su le considerazioni che le successioni debbono essere regolate esclusivamente a norma delle attuali leggi civili, e che ricevute nel regno le istituzioni religiose, coloro che ad esse appartengono, astretti dal voto di povertà trovandosi collocati in uno stato d'incapacità volontaria ad acquistare alcuna proprietà, si è degnata dichiarare che i religiosi e le religiose professe a ragione » de'voti monastici siano incapaci a succedere.

Nel comunicare questo rescritto, il Direttore di giustizia aggiunse: » Nel partecipare » nel real nome alle SS. II. questa Sovrana risoluzione, gioverà osservare che per effetto » della medesima le rinuncie de' monaci e delle monache relative alle eredità future ànno » a riputarsi come atti superflui e senza oggetto. Elleno daranno conoscenza di questa circolare a' collegi, presso de'quali esercitano le funzioni di P. M., e ne cureranno il dovuto adempimento ».

I Monaci secolarizzati sono anch'eglino incapaci a succedere? Ecco come si esprime Merlin rep., v. *voeux*, sez. 2, §. 4. «Un religioso il quale è stato secolarizzato per l'autorità della Chiesa soltanto, rimane religioso in tutta la sua vita, relativamente a tutto ciò che interessa la società. Egli non si mariterà, o se lo faccia, il suo matrimonio sarà nullo quanto agli effetti civili. Egli non molesterà nè i suoi fratelli e sorelle, nè gli altri suoi parenti, nelle successioni che àn raccolto in sua mancanza prima della sua secolarizzazione. In fine, non succederà, anche congiuntamente ad essi, a quelli della sua famiglia che morranno dopo la sua restituzione al secolo ».

E la giurisprudenza della nostra Corte Suprema è stata su questa quistione, fluttuante. L'abolita Corte di Cassazione con arresto del dì 16 aprile 1812 (causa *de Riso*) ritenne la capacità del monaco a succedere, po' seguenti motivi: « Veduti gli art. 17, 37 relativi alla » privazione de' dritti civili, ed alle incapacità a succedere, determinate dalle leggi nelle » quali non è annoverata l'aggregazione de' cittadini a qualunque regola monastica.

» Considerando che, *il pretendere di escludere dalla successione un monaco come incapace, sarebbe opporsi direttamente a' detti articoli del codice e contraddire alla volontà espressa del legislatore*, il quale, avendo tassativamente nominato quali persone » sono incapaci della successione, niun magistrato può estendere la incapacità ad altre classi » non espresse nella legge.

» Che le rinunzie alla eredità dell'uomo vivente sono nulle ed inefficaci, art. 791 (708) » e che la legge del 1772 non può aver luogo, perchè contraria al decreto de' 22 ottobre » 1808 il quale proscrive la vecchia giurisprudenza in tutte le materie contenute nel codice civile».

La giurisprudenza della Corte Suprema cangiò dopo la pubblicazione delle leggi civili e degli enunciati rescritti. Con arresti de' 14 gennaio 1830 (causa tra *de Dominicis e Ferrara*) e de' 23 giugno 1835 (causa *Volpicelli e della Camera*) decise che i monaci secolarizzati non possono succedere, ma ricevere i soli alimenti. Egli è vero, che con due altre decisioni de' 12 luglio 1831 (causa *Pisciottano e Tucci*) e de' 10 settembre 1831 (causa *Velpicelli e Padri Teresiani*) la Corte Suprema decise della *capacità* del monaco, ma ritornò nella stabilia massima di non potere il monaco secolarizzato succedere, con arresto di annullamento del dì 25 gennajo 1840 (causa tra *Scarano e Zaccometti*, contro *Casavola e Rotelli*): è pregio dell'opera il riferire questo arresto.

« *Il monaco incapace per istituto, de'dritti di proprietà, diviene capace secolarizzandosi, o rimane nella stessa incapacità come prima?*

» Considerando che la vita monastica, vita di perfezione, è preceduta da un giusto e » determinato tempo di probazione, troppo necessario in un affare di tanta importanza.

» Che dopo il tempo di probazione succede la solenne professione, ch'è quell'atto sacro » che lega perpetuamente il candidato alla vita claustrale.

» Che dopo la professione il monaco muore al secolo, e principia una vita tutta celeste.

» Che il monaco è inoltre ligato da tre voti solenni, tra quali *il voto di povertà*.

» Che in questi tre voti si può dire che consista tutta la vita monastica.

» Che per quanto riguarda il voto di povertà, la vita comune e la perfezione evangelica non soffrono, che tra religiosi di un medesimo cenobio s'insinuasse l'idea di proprietà esclusiva.

» Che di fatti il voto di povertà è la volontaria abdicazione di tutte le cose temporali. » Ed è così propria questa abdicazione della vita monastica, che Innocenzo III disse, che

zionale possedeva nel territorio del regno, in conformità dell'articolo 9 numero 2.° (*). V. l'art. 3 del dec. de' 12 agosto 1818.

» non può dispensarci neppure il sommo Pontefice, cap. V. *Extr. de statu monarcorum.*
» Ed è perciò che la incapacità de' monaci per lo voto di povertà, è un naturale effetto
» dell' istituto monastico e della vita cenobitica.

» Che la legge di Giustiniano, 56, §. 1. Cod. *de episcopis et clericis*, con cui furono ammessi i monaci a succedere alle legittime eredità *parentium*, senza poter essere loro di ostacolo lo stato monastico, non distrugge punto il principio della incapacità nascente dal voto di povertà; perciocchè i monaci non acquistavano per essi, ma per lo monastero, siccome i servi presso i Romani, i quali erano incapaci di dominio, acquistavano non per essi ma a' loro padroni.

» Che Giustiniano istesso riconobbe d'altronte quanto fosse ripugnante alla povertà monastica la fazione di testamento ne' monaci: Autentica, *Ingressi* Cod. *de Sacrosantis ecclesiis.* E ben a ragione ne decaddero all'intutto, anche per dritto Canonico, cap. 2, *extr. de testamentis.*

» Che non ammettendo dunque la vita monastica proprietà alcuna, si è creduto che fosse contrario al voto di povertà anche il *peculio*, ossia quella pecunia che i monaci col loro risparmio o colle loro fatiche si guadagnano, o che ricevano in dono da' parenti o dagli amici.

» Che tutte queste cose non sono state diversamente intese, nè colle leggi, ne cogli usi patri: anzi alla efficacia del voto di povertà, che bastava da se solo a rendere incapace il monaco a qualunque dritto di proprietà, ci si unì anche la forza della rinuncia, che si faceva prima della professione.

» Che comunque le leggi sulla vietata ammortizzazione non contenessero una espressa dichiarazione di comprendere anche i monaci, nemmeno però evvi in esse una dichiarazione che li escluda. E secondo lo spirito di quella legge, l'implicita inclusione sembra indubitata ed evidente.

» Che una volta stabilita la incapacità del monaco a' dritti di proprietà, essa non può ricevere una diversa applicazione, secondo variano le circostanze, perchè i principi e le massime sono sempre le stesse.

» Che in quanto alla secolorizzaziono è conosciuto, che la stabile permanenza nel luogo dove si è fatta professione è uno de' doveri della vita claustrale. E comunque in certi casi per urgente e giusta causa il Sommo Pontefice suol permettere a qualche religioso di poter vivere fuori del chiostro, pure il Breve Pontificio è pieno di tante clausole e tali condizioni, che ad eccezione del luogo e della dipendenza dal proprio superiore, in tutto il resto à li stessi doveri, come ogni altro Religioso che vive nel chiostro. Anzi gli s'inculca espressamente di osservare *substantialia* della professione monastica per quanto sono compatibili con lo stato di monaco secolarizzato. Or qual altra cosa più sostanziale del voto di povertà?

» Che quindi la secolarizzazione non distrugge la incapacità, e che dessa è assoluta e non relativa, anche perchè questa distinzione non si trova in verun luogo dove si parla dell'incapacità monastica all'esercizio de' dritti civili e di proprietà.

» Che per le leggi patrie la secolarizzazione non altrimenti va intesa: anzi col real dispaccio de' 21 agosto 1772 a' Religiosi secolarizzati non si accorda altro dritto, che ai soli alimenti pieni. (Ved. la pag. 251, in fine.)

» Che coll'ultimo concordato non si sono punto alterati questi principi; che anzi si sono con l'art. 30, complessivamente vie maggiormente rassodati.

» Che di fatti con real rescritto de' 9 marzo 1822 fu espressamonte dichiarto che i religiosi professi, stretti dal voto di povertà, *si trovano collocati in uno stato d'incapacità volontaria ad acquistare alcuna proprietà.*

» Che colla decisione impugnata tutte queste cose non si sono solo attese, ma contrariate; per cui si è messa nel caso di essere annullata — Annulla ».

In grado di rinvio la 3 camera della Gran Corte civile di Napoli con decisione de' 25 marzo 1841 addottò i principi della Corte Suprema, e quindi dichiarò il monaco secolarizzato incapace a succedere.

Segue da questi principi, che il monaco secolarizzato è anche incapace a fare testamento; L. 16, ff. *qui testam. facere possunt.*

(*) *L'emendazione della citazion dell' articolo 9. n.° 2.° in vece dell' articolo 19, n.° 2.°, come si legge nella prima edizione, ha avuto luogo in forza del decreto de' 27 d'aprile 1819. (Nota dell' edizione ufiziale.)*

648. Sono indegni (1) di succedere, e come tali esclusi dalle successioni (2)

1.° colui che fosse stato condannato per aver ucciso, o tentato di uccidere il defunto (3);

---

(1) Si osservi che se la indegnità esclude l'erede dal vantaggio di raccogliere una successione, non gli è di ostacolo per fargliela ottenere, se vi concorra per essergli stata trasmessa con succedere a colui al quale era dovuta. In tal caso non raccoglie la successione com'erede del defunto, di cui è stato giudicato indegno di essere erede, ma com'erede di un terzo, riguardo al quale non gli si può opporre alcuna indegnità, l. 7, ff. *de his quae ut indignis*: Voet, *ad pandectas*, lib. 34, tit. 9, n. 1; Domat, parte 2, lib. 1, tit. 1, sez. 3, n. 18; Pandette francesi, sull'art. 730, (653), n. 2; Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 109; Duranton, t. 6, n. 114.

(2) Legittime e testamentarie. Voet *ad pandectas*, lib. 34, tit. 9, n. 6 *de his quae ut indignis auferuntur*, prova chiarissimamente che l'erede istituito ed il legatario incorrono, come l'erede *ab intestato*, nell'indignità; ed aggiunge Merlin, rep. v. *indignité*, n. 11, che quantunque l'art. presente non parla se non degli eredi legittimi, tuttavia la morale e l'identità di ragione esigono l'estensione delle sue disposizioni a' legatari ed agli eredi istituiti. E presso di noi può aggiungersi, che il 3 e 4 comma dell'art. 648, e gli art. 650 e 651 aggiunti nelle nostre leggi civili, dimostrano nettamente che le regole della indegnità sono comuni alle successioni legittime e testamentarie.

(3) Facendo la legge dipendere l'indegnità dalla *condanna*, ne segue:

1.° Che se colui che à ucciso o tentato di uccidere il defunto era nello stato di demenza; se l'omicidio è stato comandato dall'autorità legittima o dalla legge; se l'omicidio è stato a difesa, in tutti questi casi, per gli art. 61, 62, 372, 373 e 374 leg. pen. non vi è delitto nè condanna, e quindi l'autore dell'omicidio non può essere dichiarato indegno. Le leggi romane pronunziavano l'indegnità indistintamente, ed anche quando l'autore dell'omicidio si fosse trovato nello stato di legittima difesa. Gli antichi autori scagliavansi contro questo ingiusto rigore; Pothier, *des succes.*, p. 76. E Voet *ad pandectas*, lib. 34, tit. 9, n. 7 fu di opinione di non escludersi come indegno chi avea dato la morte per la necessità della legittima difesa.

2.° Che se l'erede venisse a morire prima di essere condannato, morirebbe con la qualità di erede, e trasmetterebbe la successione a' suoi eredi. Lo stesso dicasi se fosse prescritta l'azione penale, a' termini degli art. 613 e 614 *proc. pen.* Chabot, sull'art. 727 (648), n. 8; Toullier, t. 4, n. 108.

3.° L'erede condannato a pena correzionale a' termini dell'art. 375 ll. pp., perchè l'omicidio è derivato da imprudenza o disaccortezza non può essere dichiarato indegno. Il motivo della indegnità nasce da che l'assassino non può raccogliere le spoglie della sua vittima: or l'autore dell'omicidio involontario non è punito come colpevole di aver dato la morte, ma per la sua imprudenza. Chabot sull'art. 727 (648), n. 4. Toullier, t. 4, n. 106. Delvincourt lib. 3, tit. 3, nota 98. Duranton, t. 6, n. 94.

4.° L'autore dell'omicidio dichiarato *scusabile* può essere reputato indegno? Dalla parola *condannato*, risponde Merlin (rep., v. *indignité*, n. 11) risulta che l'uccisore non sarebbe meno indegno, poichè l'omicidio non è legittimo, e solamente la legge ne diminuisce la pena. Altri giureconsulti (Chabot su questo art. n. 3, Delvincourt. lib. 3, tit. 3, nota 98, Duranton, t. 6, n. 95) sono di contraria opinione, pel motivo che l'omicida il quale ne' casi di scusa ammessi dalla legge, è stato condannato ad una semplice pena correzionale, non vi è stato condannato come realmente colpevole di omicidio. Egli è più infelice che colpevole; non à avuto la volontà libera ed intera di uccidere, poichè non è stato spinto, trascinato, e forse ancora forzato al fatto dell'omicidio, se non da un delitto che à commesso, o che voleva commettere contro di lui la persona rimasta uccisa.

Per risolvere questa quistione presso di noi, è mestieri osservare che la nostra legislazione penale varia dalla francese, riguardo agli omicidî scusabili. Gli art. 321 e 322 del codice penale francese dichiaravano scusabili gli omicidî volontari provocati da percosse o da violenze gravi contro le persone; o quando venivano commessi nell'atto di respingere di giorno la scalata o la frattura de' recinti, o dell'ingresso di una casa o di un appartamento abitato, o delle loro dipendenze.

L'art. 377 delle nostre leggi penali è concepito così: *Gli omicidî volontari, le percosse o ferite volontarie, ed ogni altra ingiuria o offesa contro alle persone, saranno scusabili*:

1. Se sieno provocati da percosse o ferite gravi, o da altri misfatti contro le persone:

2. Se sieno provocati da percosse o ferite lievi, o da altri delitti contro le persone;

3. Se sieno commessi nell'atto di respingere di giorno la scalata o la frattura dei re-

2.° colui che avesse promosso contra il defunto un'accusa (1) di delitto capitale (2);

3.° quegli che avesse costretto il testatore a disporre, mentre non voleva, o diversamente di quel che voleva (3);

---

cinti de' muri o dell' ingresso di una casa, o di un appartamento abitato, o delle loro dipendenze;

4. Se sieno commessi in rissa di cui il colpevole non è autore. È riputato autore della rissa colui che il primo la provochi per lo meno con offese o ingiurie, in modo che l'offesa o l'ingiuria sia punibile almeno con le pene di polizia.

Nel primo e terzo capo dell'art. 377, l'omicidio é punito con pena di prigionia; nel secondo, colla rilegazione: nel quarto, con uno a due gradi di meno della pena stabilita per l'omicidio volontario: tanto dispongono gli art. 379 a 382.

Si vede bene quindi, che il nostro codice penale à esteso il numero delle scuse ammesse dal codice francese, e non tutti gli omicidî scusabili sono puniti con pena correzionale. Per il che noi crediamo, che per decidere la quistione se l'omicidio scusabile dia o pur no luogo alla indegnità, convien distinguere: se il fatto che costituisce la scusa mena a pena correzionale, l'autore dell'omicidio non può essere dichiarato indegno, perciocchè la pena di prigionia non può considerarsi come la pena di un omicidio; ed'altronde dichiarando la legge indegno il colpevole di omicidio, pel motivo, come si espresse l'oratore del governo, *che non può reclamare i dritti della natura colui che ne à abjurato tutt' i sentimenti*, si dirà che à abjurato i sentimenti della natura colui che non à ucciso per raccogliere l'eredità, ma che vi é stato costretto da una causa giusta e legittima? Affini all'omicidio commesso nella necessità attuale della propria difesa sono quelli dichiarati scusabili per una causa sì giusta, che la legge ne riconosce lieve l'imputazione, ed applica la pena correzionale. Quando poi l'omicidio è stato dichiarato scusabile a' termini de' numeri 2 e 4 dell'art. 377 leg. pen., in questi casi l'erede deve incorrere nell'indegnità, perchè è stato condannato come colpevole di omicidio. Le pene criminali applicate al colpevole dimostrano che la causa motrice del fatto era così lieve che il colpevole poteva escire dal pericolo, anzi che abbandonarsi all'impeto delle proprie passioni: la legge modera la pena, compatendo la umana debolezza, perchè l'uomo si è trovato nel cimento senza sua colpa; ma da ciò non segue, che il colpevole contaminato di sangue umano, meriti di raccogliere l'eredità della sua vittima. Un giureconsulto di gravissima autorità (Nicolini, *quistioni di dritto penale*, t. 1, p. 324 e 325) à dimostrato che la nostra legge è troppo indulgente nella punizione de' reati scusabili, e questa è una ragione dippiù per far sussistere la pena della indegnità contro colui che per benignità di legge è condannato a soffrire una pena corporale non proporzionata al reato.

5. La morte data in *duello*, secondo l'ultima giurisprudenza francese, adottata da Duranton, t. 6, n. 96 non produce la indegnità, perchè non essendo in Francia punibile il duello, non vi può essere *condanna*, nè in conseguenza indegnità. Presso di noi la morte data in duello produce l'indegnità, perciocchè il duello è stato elevato a misfatto con legge de' 2 giugno 1838.

(1) Ossia *querela* in giudizio, o anche una denunzia innanzi all' uffiziale di polizia giudiziaria: l'accusa propriamente parlando è del Pubblico Ministero: art. 2, 27, 33, 138 proc. pen.

(2) *Dichiarata calunniosa*, aggiungeva il codice francese. Stante la soppressione di queste parole, basta oggi l'accusa di delitto capitale, sia o no dichiarata calunniosa, per escludere l'erede dalla successione.

Dicesi l'accusa di delitto capitale, quando il reato che forma il suggetto dell' imputazione porti alla pena di morte naturale o alla perdita de' dritti civili. *Licet capitalis latine loquentibus omnis causa existimationis videatur: tamen appellatio capitalis, mortis vel amissionis civitatis intelligenda est*; l. 103, ff. *de V. S.* Tal è il significato che si è sempre dato in giurisprudenza alla parola capitale: Repertorio di Merlin, v. *peine*. Dal che conchiudono Maleville su questo art., Toullier, t. 4, n. 109, Duranton, t. 6, n. 106, che l'accusa la quale tendesse ad una condanna meno grave non sarebbe sufficiente per fare pronunziare la indegnità. Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 160; Chabot sull'art. 727 (648) n. 13, e gli autori delle Pandette francesi su detto articolo, credono sul fondamento della novella 115 la quale pronunziava la diredazione per ogni denunzia contro il defuto in materia criminale, che sotto la voce *capitale* debbesi intendere ogni denunzia per un reato che porta a pena infamante: quest'ultima opinione é inconciliabile col testo della legge, che limita l'indegnità al solo caso di denunzia di *delitto capitale*.

(3) Questa disposizione, tratta dalla l. 1, ff. *si quis aliquem testari prohib.*, *vel coeg.* è nuova nelle nostre leggi, nè era contemplata nell' art. 727 (648) del codice francese.

4.° colui che avesse vietato con violenza al defunto di far testamento (1);

5.° l'erede in età maggiore (2), che, essendo consapevole della sua qualità di erede (3), ed informato della uccisione del defunto (4), non l'avrà denunziato (5) alla giustizia entro sei mesi dal giorno della scienza, eccetto quando il pubblico ministero abbia di ufficio proceduto (6).

Qui avvertono i signori Magliano e Carrillo nel comento al numero 3 del presente art. (t. 3 pag. 134 in fin.), che l'erede il quale costrinse il defunto a testare diversamente da quello che costui voleva, non può profittare di un atto che fu il frutto di una sua violenza, o de' suoi intrighi; « ov'egli però, soggiungono i citati comentatori, si trovi anche di lui » legittimo erede, dandosi luogo alla successione *ab intestato*, raccoglierà la quota che » a tal riguardo gli appartiene; non potendo la indegnità dell'erede del testamento aver » un effetto più ampio di quello che naturalmente debbe risultare dalla natura del commesso » reato ».

Noi non possiamo piegarci a questa opinione, la quale ci sembra contraria alla lettera ed allo spirito del codice. La legge dichiara *indegno* di succedere colui che à costretto il testatore a fare un testamento contro la propria volontà; o in altri termini, l'erede indegno non può raccogliere a qualunque titolo l'eredità, in tutto o in parte, di colui verso del quale si è renduto indegno. È quindi un effetto necessario della indegnità che l'erede indegno sia escluso dalla successione. La indegnità è una pena pronunziata contro l'erede che à commesso il fallo di coartare la volontà del defunto: or sembra inconcepibile che l'erede, solo perchè si trova successibile *ab intestato*, deve raccogliere la quota dell'eredità di colui di cui non à rispettato la libertà tanto dalla legge garantita. Da ultimo il sistema contrario darebbe luogo all'inconveniente, che mentre la legge mette nello stesso livello colui che à impedito al defunto di fare un testamento, e colui che l'à costretto di fare un testamento contro la propria volontà, ne seguirebbe che l'erede *ab intestato* che vietato avendo al defunto di fare il testamento, non raccoglierebbe evidentemente niente della successione; e l'erede poi che à costretto il testatore a farsi scrivere un testamento in suo favore, dovrebbe raccogliere nella successione *ab intestato* la quota che a tal riguardo gli sarebbe dovuta. Questa contraddizione non può supporsi.

(1) Questo quarto comma dell'art. neanche si trova nel corrispondente art. del codice francese. È tratto dalla l. 1 ff. e cod. *si quis aliq. test. prohib. vel coeg.*

È notevole la parola *con violenza*. I giudici debbono valutare secondo le circostanze se i fatti dedotti costituiscano la *violenza*, onde pronunziare la indegnità.

(2) Anche per dritto romano, l'erede in età minore non incorreva nella indegnità, l. 1, C. *quibus causis restitutio in integrum non est necessaria*, e Perezio su questo titolo, n. 3. È però nello spirito della legge, che quando l'erede minore è giunto alla età maggiore, debba, sotto pena di esser dichiarato indegno, denunziar l'omicidio alla giustizia, entro i sei mesi dal dì della maggior età. Chabot sull'art. 727 (648), n. 17.

(3) Le parole, *consapevole della sua qualità di erede*, sono state aggiunte al corrispondente art. del codice francese, a maggior chiarezza: s'intende facilmente che la pena della indegnità essendo pronunziata contro l'erede che non denunzia l'uccisione del defunto, non può aver luogo quando l'erede non à scienza di esser erede.

(4) L'erede non è tenuto a denunziare l'omicidio, che quando ne sia consapevole. Se il defunto è morto per qualche causa occulta, se è stato soffocato clandestinamente o avvelenato, o se egli è soccumbuto in qualche insidia, *veneno vel clandestinis insidiis*, l. 9, C. *de his quae ut indignis*, l'erede può allegare la causa d'ignoranza; ma se fosse provato che l'erede avesse avuto conoscenza che il defunto è morto per una di queste cause occulte, o pure venisse in conoscenza di questi fatti dopo l'autopsia del cadavere, e non denunziasse il fatto alla giustizia, incorrerebbe nella indegnità.

(5) Non è necessario che denunzi individualmente i rei, mentre la legge non gl'impone altr'obbligo che quello di denunziare la uccisione del defunto: spetta a' giudici di scovrire i rei: Chabot, ibid. n. 16, e Maleville sull'art. 727. Le leggi romane esigevano che l'azione penale fosse esercitata dall'erede fino alla sentenza diffinitiva; ma oggi che l'azione penale è essenzialmente pubblica ed esclusivamente del P. M., l'erede non è obbligato ad altro che a denunziare l'omicidio.

(6) L'art. 727 del codice francese non fissava il tempo in cui l'erede dovea fare la denunzia dell'omicidio, ed i dotti promossero la quistione, se l'erede dovea fare la denunzia immediatamente dopo l'apertura della successione, o pure in qualunque tempo. Il nostro art. per togliere ogni incertezza à determinato che la denunzia debbe farsi fra sei mesi dal dì della scienza. Ha spiegato altresì che la denunzia non è necessaria quando il ministero pubblico abbia agito di ufficio, perciocchè se l'oggetto della denunzia è quello di avvertire

649. La mancanza della denunzia non può essere opposta agli ascendenti e discendenti dell'uccisore, nè agli affini nello stesso grado, nè al conjuge, nè a' fratelli o sorelle, zii, zie o nipoti di lui (1). V. l'art. 37 proc. pen.

650. L'erede, malgrado l'incorsa indegnità, può essere ammesso a succedere, quando il defunto espressamente lo avesse abilitato.

651. L'abilitazione suddetta non potrà farsi che con un atto autentico, o con testamento fatto con piena libertà (2). V. gli art. 894 e 1271.

652. L'erede escluso come indegno dalla successione è obbligato a restituire tutti i frutti e rendite, delle quali avesse goduto dopo essersi aperta la successione (3). V. gli art. 474 e 1335.

---

il Ministero Pubblico per la persecuzione del misfatto, è troppo chiaro che quando il P. M. abbia spiegato il procedimento, ogni denunzia sarebbe frustranea.

(1) Le regole della morale e della pubblica onestà non permettono che l'erede denunziasse l'omicida col quale trovasi ligato co' vincoli della più stretta parentela o affinità.

Le parole, *nè agli affini nello stesso grado*, pel luogo in cui sono situate, àn fatto nascere la quistione, se debbano estendersi agli affini collaterali dell'uccisore ne' gradi di fratello o sorella, zio o nipote. Gli autori delle pandette francesi sull'art. 728 (649) àn sostenuto che debbansi applicare a' soli affini in linea ascendentale o discendentale, altramente le notate parole avrebbero dovuto collocarsi in fine dell'art.

Ma è da osservarsi contro questa interpetrazione, che nella prima compilazione dell'art. presentata dal consiglio di Stato di Francia, leggevansi le parole, *nè agli affini in linea retta*. Comunicata questa redazione al Tribunato, la sezione di legislazione di quel corpo vi fece la seguente osservazione: « La sezione opina, che in questo art. convenga sopprimere le parole, *nè a' suoi affini in linea retta*, e surrogarvi queste altre *alla fine della disposizione : NE AGLI AFFINI NEL MEDESIMO GRADO*. Non si vede in fatti, perchè la mancanza di denunzia, che non può secondo l' art. essere opposta agli affini dell'uccisore in linea retta più che a'suoi ascendenti e discendenti, potrebbe esser opposta a'suoi affini in linea collaterale ne'gradi di fratello o sorella, di zio o zia, e di nipote, quando a' termini della stessa disposizione, non può opporsi a questi ultimi la mancanza di denunzia. In tutte le leggi, sia relativamente al matrimonio, sia a'testimoni in linea civile o criminale, gli affini sono sempre collocati nella stessa linea de' parenti per essere ammessi o esclusi com' essi, purchè sieno nel medesimo grado. L' affinità l'identifica con la famiglia. » Locré, 5, p. 82, n. 7.

Questa osservazione fu adottata, poichè alle parole, nè *agli affini in linea retta*, furono sostituite quelle, *nè agli affini nel medesimo grado*. Ma, osserva Chabot, sull'art. 728 (649), per inavvertenza queste parole non furono collocate in fine dell'art., e ciò non deve far cangiare senso alla legge, perciocchè laddove non fosse stata adottata la proposizione del tribunato, avrebbero dovuto rimanere le parole della prima compilazione, *nè agli affini in linea retta*: così opina anche Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 104. D'altronde, l'osservazione del Tribunato, che in dritto l' affine è sempre somigliato al parente in grado eguale è giustissima: art. 160, 328, 330, 331, 333, ll. cc.; 147, 160, 363, 378, 470 p. c.; 146, 378, 455 leg. pen.

(2) Gli art. 650 e 651 non erano nel codice francese, e sono tratti dalla romana legislazione, l. 4, ff. *de adim. vel trans. leg.*; §, 11 Inst. *de excus. tut.* La prova dell'abilitazione non deve nascere da presunzioni, da testimonianze, da confessioni o da scritture private. Le legge vuole un atto solenne, che attesti di aver il defunto perdonato l' erede che si era renduto indegno.

(3) I. Questo articolo prova che non s'incorre nella indegnità *ipso jure*, ma conviene che sia domandata da coloro che dovrebbero succedere in concorrenza o in luogo dell' indegno. Fino alla sentenza quindi l' indegno non perde il possesso de' beni, e per conseguente la indegnità non produce la rivocazione delle ipoteche o alienazioni a titolo oneroso, quando i terzi erano in buona fede: Maleville sull'art. 729 (652); Pandette francesi sullo stesso art.; Merlin, rep. v. *indignité*, n. 15; Chabot sull'art. 727, (648), n. 22; Toullier t. 4, n. 115, Duranton, t. 6, n. 126—In quanto alle alienazioni a titolo gratuito fatte dall'indegno, Chabot, ibid. n. 23 crede che sieno rivocabili, per la massima che *resoluto jure dantis, resolvitur et jus accipientis*, massima che cede per l'eccezione di buona fede de' soli terzi acquirenti a titolo oneroso. Duranton, t. 6, n. 127, opina per lo contrario, che sieno anche valide le alienazioni a titolo gratuito, massime se sieno donazioni a contemplazione di matrimonio, le quali non essendo rivocabili per causa d' ingratitudine, art. 884,

Eccezione all'art. 666.

653. A'figli (1) dell'indegno non è di ostacolo la qualità del loro padre, sia che succedano di proprio dritto, sia che per succedere abbiano bisogno di rappresentare il grado dell'indegno (2).

V. gli art. 298 e 301.

Ma il padre non potrà in niun caso pretendere su tale eredità l'usufrutto che la legge accorda a'genitori su'beni de'loro figli.

---

vi è la stessa ragione perchè non sieno risolute nel caso d'indegnità del donante. Noi osserviamo, che per le sole donazioni a contemplazione di matrimonio, le quali godono di un favore speciale, possa adottarsi il sistema di Duranton; ma per le altre donazioni, la massima che *nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet*, l. 54, ff. *de R. I.*, debbe ricevere tutta la sua applicazione, perciocchè è un principio riconosciuto in giurisprudenza, che la sola buona fede de'terzi che ànno sborsato il loro danaro fa eccezione alla massima invocata, più per equità che per rigore di dritto.

II. Segue dal fin qui detto, che dopo pronunziata l'indegnità l'erede non essendo più tale, rivivono le azioni ch'egli avea contro la successione e momentaneamente estinte colla confusione; e viceversa tornano ad aver luogo le azioni della successione contro di lui; Toullier, t. 4, n. 116. Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 107. Chabot sull'art. 730 (653), n. 3. Duranton, t. 6, n. 124 e 125.

III. L'erede indegno è senza dubbio possessore di mala fede anche prima d'introdursi il giudizio, *ante controversiam illatam*, come dice la l. 1 cod. *de his quib. ut ind.*; ed è perciò che deve restituire tutt'i frutti e rendite che avesse goduto dopo l'apertura della successione. Ma deve altresì gl'interessi de'danari che avesse potuto ricevere anche prima della domanda? Domat, parte 2, lib. 1, tit. 1, n. 13 risponde affermativamente, quantunque la detta legge 1 del Codice dicesse il contrario. Intanto Toullier t. 4, n. 114, e Duranton, t. 6, n. 123 opinano contro Domat, che gl'interessi debbono decorrere dal dì della domanda, per l'art. 1107. Questa dottrina ci sembra erronea. L'art. 1107 dichiara che gl'interessi decorrono dal dì della domanda, ma eccettua i casi ne'quali la legge dispone che debbano decorrere *ipso jure*: or fra questi casi vi è quello dell'art. 652 il quale, se obbliga l'erede indegno a restituire *i frutti e le rendite* che avesse goduto dopo l'apertura della successione, non vi è ragione per escluderne gl'interessi de'capitali. E che, forse per quest'interessi l'erede non è di mala fede? La parola *frutti* comprende nella sua generalità *gl'interessi*, i quali altro non sono che frutti *civili*, art. 509; e fa meraviglia come Toullier abbia obbliato di aver insegnato in un altro luogo della sua opera (t. 3, n. 76) che *i frutti e gl'interessi sono in sostanza la medesima cosa*. Duranton poi cade in un altro grave errore nel sostenere che gl'interessi debbono decorrere dal dì della domanda; perciocchè egli conviene nel n. 122 con Chabot (sull'art. 729, n. 2), che l'indegno non potrebbe opporre la prescrizione di 5 anni contemplata dall'art. 2183, per dispensarsi dalla restituzione de'frutti, stante la sua mala fede. Or l'art. 2183 riguarda appunto la prescrizione de'frutti civili: e se fosse vero che l'indegno non dovesse restituire gl'interessi che dal dì della domanda, sarebbe inutile ricerca quella della prescrizione degl'interessi scaduti prima della domanda.

IV. Non potendo l'erede indegno raccogliere cosa alcuna dalla successione, deve tutto restituire a coloro che ànno provocato la domanda d'indegnità. Se l'azione d'indegnità è stata intentata da un solo erede, quantunque l'eredità sarebbe divisibile tra più, raccoglierà solo tutt'i beni cha sarebbero spettati all'indegno, salvo a divederli co'suoi coeredi, laddove si presentassero. Se al contrario tutti i coeredi ànno intentato l'azione medesima, ma alcuni abbiano appellato dalla sentenza che l'à rigettata, e gli altri no, la porzione di costoro non accrescerà quella de'primi, perchè quelli che non ànno appellato non possono essere assimilati ad un erede che rinunzia, ma sibbene si reputano colla loro acquiescenza di aver transatto coll'indegno, il quale per effetto del giudicato e dell'acquiescenza è divenuto proprietario delle quote di coloro le cui domande sono state rigettate. Decisione della Corte di Cassazione di Parigi del 18 dicembre 1813, in Merlin, rep. v. *successione*, sez. 1. §. 6, n. 4. Delvincourt. lib. 3, tit. 3, nota 107.

(1) Purchè sieno esistenti all'epoca in cui si è aperta la successione, art. 646.

(2) Pel corrispondente art. 730 del codice francese, se i figli dell'indegno aveano bisogno di rappresentare il padre per venire alla successione, n'erano esclusi, pel principio che non si può rappresentare l'uomo vivente, art. 666. Il nostro art. accorda a'figli dell'indegno il beneficio della rappresentazione, onde non far cadere su di essi la colpa del genitore. In conseguenza verificandosi il caso che i figli dell'indegno per succedere alla eredità che sarebbe spettata al padre laddove non fosse incorso nella indegnità, abbiano bisogno della rappresentazione, sono loro applicabili gli art. 661, 663, 664 e 665.

CAPITOLO III.

De' diversi ordini di successione (1).

SEZIONE I.

Disposizioni generali.

654. La successione legittima sarà deferita a'figli o a'discendenti del defunto, agli ascendenti ed a'collaterali del medesimo, nell'ordine e secondo le regole determinate quì appresso.

655. La legge nel regolare la successione risguarda la prerogativa della linea ne'modi e casi espressi in seguito, e la prossimità della parentela. Non attende l'origine de'beni se non ne'casi espressi negli articoli 670 e 681 (2). V. l'art. 275.

---

(1) Dopo aver determinato l'istante in cui le successioni sono aperte, e dichiarate le qualità necessarie per esser abili a succedere, il codice passa a stabilire l'ordine delle successioni: materia è stata questa assai difficile pel legislatore, se si consideri che lo stato della legislazione prima del 1809 era complicatissimo nel regno, che il codice francese avea introdotto un sistema in parte contrario allo stato politico e morale della nazione, e che la legge transitoria del 26 gennajo 1816 meritava delle utili riforme: vedi la nota 1, pag. 245 Nelle osservazioni a'diversi articoli di questo capitolo si esporrà la storia dell'editto successorio nelle diverse specie di successioni.

(2) Gli art. 732, 733 e 734 del codice francese erano concepiti così:

Art. 732. *La legge non considera nè la natura, nè l'origine de' beni per regolarne la successione.*

Art. 733. *Qualunque eredità devoluta agli ascendenti od a' collaterali, si divide in due parti uguali, l'una a favore de'parenti della linea paterna, l'altra a favore de' parenti della linea materna.*

I parenti uterini o consanguinei non sono esclusi da' germani, ma non prendono parte che nella loro linea, a riserva di ciò che sarà dichiarato qui sotto l'art. 751. I germani prendono parte nelle due linee.

Non si fa alcun passaggio dall' una all' altra linea, se non quando non si trova alcun ascendente nè alcun collaterale di una delle due linee.

Art. 734. *Eseguita questa prima divisione tra la linea paterna e materna, non à più luogo alcun altra divisione tra i diversi rami; ma la metà devoluta a ciascuna linea, appartiene all' erede, o eredi, che si trovano in grado più prossimo, eccettuato il caso della rappresentazione, come sarà dichiarato in appresso.*

Per comprendere queste disposizioni del codice civile francese, è mestieri ricordare che la Francia, prima del codice civile, era in parte governata dal *dritto scritto*, ossia dal dritto romano, ed in altra parte dal *dritto consuetudinario*. Ne'paesi di dritto scritto si osservava il sistema di successione stabilito da Giustiniano con la novella 118, secondo la quale, nelle successioni ascendentali, il più prossimo sia paterno sia materno, senza distinzione di sesso o di linea, escludeva il più remoto: Nov. 118, cap. 2. Al contrario le consuetudini aveano ammesso per massima fondamentale che i beni doveano sempre ritornare alla famiglia dalla quale erano pervenuti, donde la regola *paterna paternis*, *materna maternis*.

Il codice civile, dopo le più vive discussioni, ricorse ad un sistema di transazione. Proscrisse la regola *paterna paternis*; e quindi rovesciò il sistema di doversi conservare i beni nelle famiglie. Non adottò il sistema di Giustiniano, perciocchè non faceva passare i beni al più prossimo parente, ma ne dava una metà a'parenti dell'altra linea, quantunque remoti.

Questo sistema, osservarono Maleville e Toullier, avea il difetto di riunire gl'inconvenienti opposti a'due primi, senza offrire alcun de'loro vantaggi. Non rare volte si era verificato il caso, che nella successione del figlio, una madre dovea concorrere con un collaterale paterno assai remoto e forse ignoto al defunto.

Nelle due Sicilie, il dritto consuetudinario de'domini al di quà del faro ammetteva nella successione ascendentale e de'collaterali la regola *paterna paternis*, che derivava da un principio che costituiva il dritto pubblico di Europa, la conservazione de'beni nella famiglia.

Ma nel 1809 adottato il codice francese, fu proscritta la regola *paterna paternis*, e sostituita l'altra, nella successione degli ascendenti e collaterali, della divisione delle linee.

656. La prossimità della parentela si determina dal numero delle generazioni: ciascuna generazione forma un *grado*.

657. La serie de' gradi forma la *linea*. Si chiama *linea retta* la serie de' gradi tra le persone che discendono l'una dall'altra: *linea trasversale* la serie de' gradi tra persone che non discendono le une dalle altre, ma che discendono da uno stipite comune (1).

Si distingue la *linea retta* in *linea discendentale* e *linea ascendentale*.

La prima lega lo stipite con quelli che discendono dal medesimo: la seconda lega una persona a coloro da' quali essa discende.

658. Nella linea retta si computano altrettanti gradi, quante sono le generazioni, non compreso lo stipite. Così il figlio è rispetto al padre nel primo grado; il nipote nel secondo; e reciprocamente il padre e l'avo, rispetto al figlio ed al nipote.

659. Nella linea trasversale i gradi si contano dalle generazioni, cominciando da uno de' parenti, e salendo sino allo stipite comune, esso non compreso, e discendendo da questo sino all'altro parente. Perciò due fratelli sono in secondo grado; lo zio ed il nipote in terzo; i cugini in quarto; e così successivamente (2).

Ferdinando I. sentì il bisogno di riformare l'ordine delle successioni, ed ordinò alla commissione incaricata con decreto de' 2 agosto 1815 per proporre i codici di una nuova patria legislazione, di anticipare il lavoro, circa le successioni legittime, per promulgarsi con legge separata, e che fu poi pubblicata nel 26 gennajo 1816. Con gli art. 2, 17 e 18 fu stabilito così:

Art. 2. *La legge nel regolare la successione risguarda la prerogativa delle linee e la prossimità della parentela. Non attende l'origine de' beni se non ne' casi espressi negli art. 19 e 33* (relativi al dritto di ritorno de' beni donati).

Art. 16. *A colui che muoja senza lasciar prole, nè fratelli, nè sorelle, nè figli di essi, succederà il padre e la madre, o quello tra essi che sarà sopravvivente.*

Art. 17. *In mancanza di genitori l'eredità si deferirà all'ascendente più prossimo, sia nella linea paterna, sia nella materna, salvo ciò ch'è disposto nell'art. 19* (relativo al dritto di riversione delle cose donate).

Art. 18. *Gli ascendenti egualmente prossimi divideranno la successione a parti uguali, se sono nella stessa linea: se in diverse linee, per una metà all'ascendendente od agli ascendenti della linea paterna; e per l'altra metà a quello o a quelli della linea materna.*

Ben si rileva che con questa legge, il sistema della divisione delle linee fu alquanto corretto, preferendosi gli ascendenti più prossimi a' più rimoti; ma volle conservarsi una specie di successione lineale, ove gli ascendenti delle due linee si trovassero in eguale prossimità di grado, dividendosi la successione per metà in una, e per l'altra metà nell'altra linea, come decideva il capo 2, della novella 118.

Le nuove leggi civili ànno fatto all'intutto sparire il sistema della divisione delle linee sì nelle successioni degli ascendenti che de' collaterali. Si è voluto con ragione proclamare in tutta la estensione il sistema semplice, che il più prossimo esclude il più remoto, e trovandosi più ascendenti di diverse linee in grado uguale, la divisione farsi per capi, art. 669; e di già erasi osservato da' dotti sul sistema del capo 2 della nov. 118, che formava una irregolarità, perchè, se l'ascendente più prossimo escludeva il più remoto anche dell'altra linea, si dovea ordinare la divisione per capi nell'eguaglianza de' gradi.

Da questa discussione si rileva la ragione per cui gli art. 733 e 734 del codice francese si sono soppressi nelle nostre leggi civili.

(1) Il titolo del digesto *de gradibus* contiene un trattato completo sulla materia. I gradi della parentela sì nella linea ascendentale che discendentale erano espresse con distinte denominazioni sino al sesto grado, oltre il quale si chiamavano gli ascendenti col nome generico *majores*, ed i discendenti oltre il sesto grado, *posteriores*. *Parentes usque ad tritavum apud Romanos proprio vocabulo nominantur, ulteriores qui non habent speciale nomen, MAJORES appellantur: item liberi usque ad trinepotem; ultra hos, POSTERIORES vocantur*; l. 10, § 3 ff. de grad. Ecco la serie degli ascendenti: *Majores*, *Tritavus*, *Atavus*, *Abavus*, *Proavus*, *Avus*, *Pater*.—Serie de' discendenti: *Filius*, *Nepos*, *Pronepos*, *Abnepos Adnepos*, *Trinepos*, *Posteriores*.

(2) La linea *trasversale* è così detta, come anche *collaterale*, perchè è a lato della

SEZIONE II.

Della rappresentazione.

660. La *rappresentazione* è una finzione della legge, il cui effetto è di far entrare i rappresentanti nel luogo, nel grado e ne' diritti del rappresentato (1). V. gli art. 666, 704 e 767.

linea retta degli ascendenti e de'discendenti. La qual cosa fa che per contare i gradi di cognazione, bisogna trovare nella linea retta il primo degli ascendenti ch' è loro comune. Ecco perchè i collaterali ed anche gli ascendenti e discendenti si sono chiamati *cognati*, espressione generica che comprende tutti coloro che ripetono la nascita da una medesima persona: *Cognati appellati sunt quasi ex uno nati, aut, ut Labeo ait, quasi comune nascendi initium habuerint*, l. 4, §. 1, ff. *de gradibus*.

Le persone di linea trasversale non ànno, secondo il dritto civile, primo grado, e perciò la legge 1. § 1, ff. *de grad, et aff.* dice, *ex transverso sive a latere nullus est primus gradus, et ideo incipit a secundo.*

Le persone da cui si formano i gradi nella linea trasversale sono le seguenti:

Secondo grado: il fratello e la sorella: chiamansi *germani* que'fratelli e sorelle che discendono dallo stesso padre e della stessa madre, ossia trovansi uniti con *doppio vincolo*. Diconsi *consanguinei* que'che sono procreati dallo stesso padre, ma da madre diversa; ed *uterini* que' procreati dalla stessa madre, ma da padre diverso. I fratelli e sorelle consanguinei o uterini essendo legati in parentela da un sol lato, si dicono parenti *unilaterali*; l. 1, § 4, e l. 10, § 13, ff. *de grad. et aff.*

Terzo grado: i figli del fratello o della sorella, ossia nipoti *ex fratre*: il zio e la zia. Nel linguaggio legale, lo zio paterno si chiama *patruo*, *patruus;* la zia paterna, *amita;* lo zio materno, *avunculo*, *avunculus;* la zia materna, *matertera*; l. 1, § 5, e l. 10, § 14, ff. *de grad. et aff.*

Quarto grado: zio magno e zia magna, ossia il fratello e la sorella dell'avo o dell'ava. Sono altresì in quarto grado i cugini cioè figli di fratelli o di sorelle: i figli o le figlie de' fratelli si chiamano *fratres patrueles*, e *sorores patrueles;* ed i figli e le figlie delle sorelle si chiamano *consobrini, quasi consororini*. Indistintamente i cugini prendono il nome di *consobrini*; l. 1, § 6, e l. 10, § 15, ff. *de grad. et aff.*

Quinto grado: il prozio e la prozia, cioè il fratello o la sorella del proavo e della proava, e come dicevano i latini *propatruus, proamita*, *proavunculus et promatertera*. Sono altresì in quinto grado i pronipoti del fratello e della sorella, come anche il figlio o la figlia del cugino, e che con linguaggio proprio chiamasi *sobrino* e *sobrina*, l. 1, § 7, e l. 10, §16 ff. *de grad. et aff.*

Sesto grado: l'abnipote del fratello e della sorella: il fratello e sorella dell'abavo e dell' abava: i figli e le figlie de'cugini tra loro: l. 3, e l. 10 § 17 ff. *de grad. et aff.*

Dopo il sesto grado non è facile nominare i parenti in linea trasversale, e basta a persuadersi di ciò la lettura della legge ult. ff. *de grad et aff.* Ed è perciò che Giustiniano dice: *hactenus ostendisse sufficiat quemadmodum gradus cognationis numerentur longe facilius sit respondere, quanto quisque gradus sit, quam propria cognationis appellatione quemquam denotare*; Inst. *de grad. cognat.*, § penult.

(1) I. È all'ordine di succedere ed a tutto ciò che ne dipende, che il dritto di rappresentazione si riferisce. Senza la rappresentazione la legge sarebbe quasi sempre in opposizione con lo affezioni del defunto, e ne violerebbe quasi sempre le intenzioni. È perciò che con lo stabilire il dritto di rappresentazione, la legge surroga un uomo vivente ad un uomo morto, o se si voglia dire, stabilisce il dritto in virtù del quale il figlio prende il posto di suo padre defunto, e ne rappresenta i dritti.

L'antico dritto romano sconosceva il dritto di rappresentazione, e sebbene le leggi delle dodici tavole chiamavano il nipote a concorrere alla successione dell'avo in concorso cogli zii, ciò non avea luogo per effetto della rappresentazione, ma in conseguenza di quel dritto di *suità*, secondo il quale succedevano tutti coloro che si trovavano sotto la potestà del defunto.

La prima traccia del dritto di rappresentazione è nell'editto del pretore intitolato *unde liberi*. Con questo regolamento il figlio emancipato concorreva co'fratelli suoi; e se si trovava morto all'epoca dell'apertura della successione, lasciando figli che non si trovavano sotto la potestà di suo padre, prendevano questi ultimi il suo luogo: tit. del digesto *si tabulae testamenti nullae extabunt.*—Gl'imperadori Valentiniano e Teodosiano estesero questo favore a'nipoti nati dalle figlie con alcune restrizioni (l. 9, cod. *de suis et legitimis li-*

V. l' art. 667. 661. La rappresentazione nella linea retta ha luogo fra' discendenti in infinito ed in tutti i casi, sia che i figli del defunto concorrano co' discendenti di un figlio premorto, sia che, mancati di vita tutti i figli del defunto prima di lui, i discendenti si ritrovino fra loro in gradi eguali o ineguali (1).

---

beris, l. 4, cod. Theod. *de legitimis heredibus*), che Giustiniano abrogò in parte con la l. 12, cod. *de suis et legitimis liberis*. Questo sistema del dritto di rappresentazione imperfetto per la linea retta, e nullo per la linea collaterale, fu perfezionato con la novella 118 che introdusse un nuovo ordine di successione: vedi la nota 3, pag. 263.

II. Essendo un principio inconcusso che in conseguenza della rappresentazione il figlio succede nel luogo di suo padre o di sua madre trapassati prima che la successione si fosse aperta, ne segue:

1.° Che il rappresentante non riconosce il suo dritto dal rappresentato, ma dalla legge soltanto. Bartolo sulla l. 93 ff. *de adquir. hered.* si spiega in questi termini: *quod filius succedat in locum patris seu matris, quantum ad successionem avi, non habet a patre, sed ex dispositione legis.* Tanto è ciò vero che per aver luogo la rappresentazione non è necessario esser erede del rappresentato, art. 666. Chabot sull' art. 736 (660), n. 5. Toullier, t. 4, n. 186. V. la nota 2, pag. 264.

2.° Che la rappresentazione avendo luogo *proprio jure*, si può rappresentare colui verso il quale il rappresentante è reputato indegno di succedere, perchè non è necessario essere erede del rappresentato, art. 666. Quindi il nipote succederà all'avo per dritto di rappresentazione in concorso cogli zii, quantunque fosse stato dichiarato indegno di succedere al padre.

3.° Che la rappresentazione facendo subentrare il rappresentante ne' dritti del rappresentato, non si può rappresentare una persona che sarebbe stata incapace, se fosse sopravvissuta: tale sarebbe il caso di un figlio di uno straniero, art. 9 e 647, o di un nazionale che abbia perduto questa qualità in uno de' modi indicati nell' art. 20, e che sia morto prima di aprirsi la successione. Repertorio di Merlin, art. *représentation*, sez. 4, § 3, n. 4; Toullier t. 4, n. 198. Chabot sull'art. 739, (666) n. 4.

I medesimi scrittori applicano questa decisione a' figli di chi è stato dichiarato indegno, in conseguenza dell' art. 666 che dichiara di non potersi rappresentare l'uomo vivente; ma per l'art. 653 delle nostre leggi, i figli possono rappresentare il padre dichiarato indegno

III. La rappresentazione non à mai luogo fuori delle successioni *ab intestato*, e la ragione n' è semplicissima. Nelle disposizioni testamentarie, il testatore à inteso chiamare le persone che à espressamente indicate, e perciò per l' art. 994, la premorienza del legatario rende caduca la disposizione. E di già Cujacio avea insegnato che neanche nelle successioni fedecommessarie dovesse aver luogo la rappresentazione: *quis enim nescit, jus repraesentationis habere tantum locum in successionibus ab intestato, non in substitutionibus?*

IV. In fine è da osservarsi che la rappresentazione è essenzialmente distinta dalla *trasmissione*. La rappresentazione à luogo quando il figlio prende il posto di suo padre che si trovava defunto all' epoca dell' apertura della successione di cui si tratta; e si è osservato che questo dritto venendo dalla legge, non è necessario esser erede del rappresentato. La *trasmissione* à luogo quando colui ch' è chiamato alla successione muore prima di accettarla, e trasmette questo dritto al suo erede: Domat, lib. 3, tit. 1, sez. 10, n. 1. Questi però acquistando il dritto trasmessogli dal suo autore dev' essenzialmente accettare l'eredità di costui, poichè non altrimente che com' erede gli è stato trasmesso il dritto che avea acquistato il suo autore (Vedi le osservazioni all' art. 698). Gli eredi quindi in favore dei quali si opera la trasmissione, succedono *jure alieno*, poichè non succedono, che in virtù del dritto acquistato alla successione dal loro autore. Laonde vi sono tre modi di succedere: 1.° per *dritto proprio*, quando il chiamato alla successione trovasi più prossimo al defunto nell' ordine stabilito dalla legge: 2.° Per *dritto di rappresentazione*, quando l'erede esercita i dritti che sulla successione avrebbe esercitato la persona defunta che viene rappresentata. 3.° Per *trasmissione*, quando taluno esercita sulla successione di chi si tratta, i dritti che vi avea acquistato il suo autore dopo l'apertura della medesima.

(1) La rappresentazione, come risulta da questo art., à luogo nella linea discendentale in tre casi: 1.° Quando il defunto abbia lasciato figli, non che discendenti da altri figli premorti; 2.° Quando premorti, tutti i figli a colui della cui successione si tratta, trovansi supestiti a' figli premorti i discendenti in grado ineguale: 3.° Quando questi discendenti superstiti si trovino tra essi in grado uguale.

662. La rappresentazione non ha luogo in favore degli ascendenti (1): il più prossimo esclude il più rimoto (2). V. gli art. 655, 668, 671.

663. Nella linea trasversale la rappresentazione è ammessa in favore de' figli e discendenti da' fratelli o dalle sorelle del defunto, sia che essi concorrano alla successione co'loro zii e zie, sia che, essendo premorti tutti i fratelli e le sorelle del defunto, la successione si trovi devoluta a'loro discendenti in gradi ineguali (3). V. l'art. 672.

I figli dell'adottato il quale premuore all'adottante ànno il dritto di rappresentare il padre nella successione dell'adottante? Vedi la nota 5 in fine, pag. 87.

(1) « La successione de'discendenti, disse l'oratore del tribunato, sig. Siméon, innanzi » al corpo legislativo, è legittima del pari che naturale, ma quella degli ascendenti è con» tro la marcia ordinaria degli avvenimenti; si suppone veder un fiume ritornare verso » la sua sorgente. L'ordine della natura è sovvertito: non vi sarà adunque per tale straor» dinaria circostanza alcun luogo a rappresentanza ». Locré 5, p. 134, n. 19.

(2) *Il più prossimo, in ciascuna linea, esclude il più rimoto*, dice il corrispondente art. 741 del codice francese. Le parole, *in ciascuna linea*, sono state soppresse nel nostro articolo, perciocchè le nostre leggi civili sconoscono nelle successioni la divisione fra le linea paterna e materna. V. la nota 2, pag. 259.

(3) I. Il capo 3 della novella 118 di Giustiniano introdusse la rappresentazione in linea collaterale; ma non le diede una estensione infinita, come in linea retta discendentale, e la limitò sibbene a due casi. Il primo è che quando colui della cui successione si tratta muore lasciando fratelli e sorelle, non che figli di altri fratelli o sorelle premorti, questi figli entrano nel luogo e grado de'loro genitori, e quindi prendono una porzione virile rimpetto a'loro zii e zie, ed anche li escludono all'intutto, allorchè ànno su di loro il vantaggio del doppio vincolo.—Il secondo è quando il defunto à lasciato nipoti e zii: sebbene essi tutti sieno all'istesso grado, val dire al terzo, i nipoti escludono gli zii mediante la rappresentazione del loro padre, il quale era al secondo grado. Questa è l'opinione più comune, in questo senso Irnerio à estratto dalla novella 118 l'autentica *post fratres*, e la medesima interpetrazione danno alla novella anzidetta Bartolo spiegandone il testo, Cujacio ne'comentari sul codice, titolo *de legitimis heredibus*, e Domat parte 2, lib. 2, tit. 3, sez. 2, num. 8.

Le novelle 118 e 127 lasciarono indecisa però la quistione del modo come dividersi la successione di un defunto che non à lasciato che nipoti. Accursio *ad nov. 118* sostenne doversi fare la divisione per istirpe, ed Azone per capi. Il parere del primo fu seguito dal Presidente Fabro (*de erroribus pragmaticorum, decad.* 55, *error* 2), il quale per altro espone nel tit. del Cod. *de legit. hered.*, def. 1, che all'opinione contraria è consona una decisione del senato di Savoja de'16 febbrajo 1588; e'l parere del secondo fu adottato dalla maggior parte degli altri giureconsulti (*), per la ragione che i nipoti non ànno bisogno della rappresentazione per succedere al loro zio: quest'ultimo non à lasciato nè fratelli, nè sorelle; che per conseguente essi succedono per proprio dritto, e non si deve considerare nella divisione da farsi tra loro, quali dritti avrebbero avuto i loro padri o madri rispettivi, se fossero sopravvissuti al defunto.

I pronipoti non godevano del beneficio della rappresentazione, perciocchè il testo della novella proscriveva imperiosamente qualunque rappresentazione dopo il grado de' nipoti.

II. Pel dritto consuetudinario del regno il beneficio della rappresentazione si accordava nella linea collaterale a'discendenti del fratello, *in infinitum*, quando concorrevano alla successione unitamente a'fratelli germani del defunto: *de Franchis*, dec. 24. Il Sacro Consiglio però restrinse il dritto di rappresentazione sino al quarto grado inclusivamente: *de Marinis*, lib. 2, c. 216. Per darsi luogo al dritto di rappresentazione era indispensabile che i discendenti del fratello premorto concorressero con uno zio, ossia con un fratello del defunto, poichè se un fratello non esisteva, cessava il dritto di rappresentazione; onde il figlio di un fratello si preferiva al nipote di un altro fratello: de Franchis, dec. 157. In somma, mancando un fratello del defunto, tra i discendenti di diversi fratelli defunti, il più prossimo escludeva il più rimoto; e per lo contrario concorrendo un fratello germano del defunto, con i discendenti in grado ineguali di diversi fratelli del defunto, avea luogo il dritto di rappresentazione, come nel caso in cui concorreva Tizio fratello del defunto, Cajo

---

(*) Cujacio lib. 2. feud. tit. II. Donnello, IX, 4. Vinnio, lib. 3 tit. 5, *de succes cognat.* Huber, *praelect post* lib. 3, tit. 18, *Inst.* n. 14. Einneccio, *Elem juris civ.*, § 759. Questo principio era seguito in Sicilia, come dalla prammatica del Duca Sermoneta, degli 11 dicembre 1666, §18, e formava la maniera di giudicare del S. R. Consiglio Napoletano; de Franchis, dec. 24, n. 10.

V. la nota all'art. precedente.

664. Se i figli o discendenti da'fratelli o dalle sorelle si trovino in grado uguale, succederanno tutti in *capi* senza rappresentazione.

665. In tutti i casi ne'quali la rappresentazione è ammessa, la divisione si farà per *istirpi*. Se in una medesima stirpe vi sieno più rami, la suddivisione si farà anche per istirpi in ciascun ramo: e fra gl'individui del medesimo ramo la divisione si farà per capi.

V. gli art. 702 e 704.

666. Non si rappresentano le persone viventi, ma soltanto quelle che sono morte (1).

Si può rappresentare colui la di cui eredità sia stata ripudiata (2).

---

figlio di Mevio altro fratello del defunto, e Sempronio nipote di Lucio terzo fratello premorto: De Rosa, *ad consuetud. neapol.* SI QUIS VEL SI QUA, § *quod autem*, n. 633.

Morendo poi taluno senza fratelli, ma con nipoti nati da'suoi fratelli premorti, i nipoti succedevano egualmente, avendo tra essi luogo la successione *in capita*, *non in stirpes*: de Franchis, *decisione 34, n. 10 e 14*; Rovito, *Cons.* 23, lib. 1., Panzuti in una dissertazione nella quale confutò una dissertazione contraria di Molfesio.

III. L'art. 742 del codice francese adottò in principio che nella successione devoluta ai fratelli e discendenti de'fratelli, la rappresentazione de'discendenti avesse luogo all'infinito, come nella linea discendentale; così che quando tutt'i fratelli e tutte le sorelle erano trapassati prima di lui, la rappresentazione era ammessa tra i discendenti che si trovavano in *grado eguale o ineguale*. Si vede bene dunque che fu preferito il sistema di Accursio che ammetteva la rappresentazione anche quando i discendenti de'fratelli trovavansi in grado *eguale*.

IV. L'art. 9 della legge de'26 gennajo 1816 regolante l'ordine delle successioni stabiliva così. *Nella linea trasversale godono della rappresentazione solamente i figli de'fratelli e delle sorelle del defunto, ancorchè non esista alcun di lui fratello o sorella.*

Sicchè, secondo questa legge, fu in parte seguito ed in parte no l'art. 742 del codice francese. Imperciocchè limitandosi la rappresentazione a'soli figli de'fratelli e sorelle, si fece ritorno alle novelle 118 e 127 le quali non estendevano in linea collaterale la rappresentazione al di là de'figli de'fratelli e delle sorelle. Dall'altra parte si ritenne il principio del codice francese, ossia il sistema di Accursio, che anche quando i nipoti *ex frate* del defunto si trovavano in grado eguale, succedevano *in istirpe*, godendo il beneficio della rappresentazione.

V. Le cose fin qui discorse dimostrano le fasi della giurisprudenza sul dritto della rappresentazione in linea trasversale. Il legislatore à oggi ritenuto il principio del codice francese, che nella linea trasversale la rappresentazione è ammessa in favore sì de'figli che discendenti da'fratelli o dalle sorelle del defunto. Dall'altra parte, allontanandosi da quelle disposizioni, e sublimando in legge il sistema di Azone, à sancito, che nella inesistenza di fratelli o sorelle del defunto, i loro discendenti succedano per dritto di rappresentazione solo quando si trovino in *grado ineguale*. E quando si trovino in *grado eguale*, succedano per capi e senza rappresentazione, come è disposto nell'artic. 664, aggiunto nelle nostre leggi civili.

(1) È evidente che non si può entrare nel posto di quegli ch'è vivo e che riempie il suo grado. In conseguenza di questo principio, l'art. 708 sancisce che non si rappresenta colui che à rinunciato; così che se un padre lascia due figli, de'quali uno rinuncia, la quota del rinunziante si accresce all'altro figlio, art. 704, nè potrebbe per dritto di rappresentazione pretendere il figlio del rinunziante la quota che sarebbe a quest'ultimo spettata: vedi le osservazioni al citato art. 704.

Si rappresenta l'uomo vivente in due casi: 1.° Quando colui che sarebbe chiamato alla successione trovasi colpito da condanna a pena dell'ergastolo, art. 16 leg. pen; 2.° Quando l'erede chiamato è stato dichiarato indegno, art. 653. V. la nota alla pag. 13, n. II, 2.; e la nota 2, p. 258.

(2) Il motivo n'è, che non si rappresenta un morto in una successione cui sarebbe chiamato se fosse vivo, sul fondamento che si è il suo erede. Si rappresenta, perchè si prende il suo posto nella famiglia: si riempie quel vacuo ch'egli avrebbe occupato. Tal dritto è quello di parentela che proviene da consanguineità; non è un dritto che procede dalla eredità del rappresentato. Discorso di Siméon, in Locrè 5, p. 135, n. 20. Vedi la nota 1, pag. 261 e 262.

Segue da questa disposizione, che il rappresentante nè sulla successione che raccoglie per dritto di rappresentazione, nè su'beni propri può esser tenuto di pagare i debiti della persona che rappresenta, poichè nulla dal rappresentato riceve. Chabot, sull'art. 744 (666), n. 7. Vedi le osservazioni all'art. 767.

SEZIONE III.

Delle successioni che si deferiscono a' discendenti (1).

667. I figli o i loro discendenti succedono al padre ed alla madre, agli

(1) Or che passiamo a discorrere delle successioni legittime che si deferiscono a'discendenti, è cosa utilissima restringere in iscorcio la storia del dritto in tale materia. Siffatto lavoro mostrerà ad un tempo che le leggi delle successioni seguono lo stato politico delle nazioni, e che ad un sistema complicatissimo à oggi il legislatore sostituito un altro semplice e conforme a'voti del cuore umano.

I. Secondo la novella 118, c.1, sì i figliuoli maschi che le figliuole femmine erano chiamati alla successione de' genitori. Giustiniano abolendo le antiche distinzioni tra il dritto de' maschi e delle femmine considerò ch'era conforme al voto della natura di chiamare indistintamente i figli alla successione paterna e materna.

II. Nel nostro regno l'ordine delle successioni era regolato, per le province, dalla costituzione *in aliquibus* pubblicata da Federico II, e per Napoli dalla consuetudine *si moriatur*, tit. *de success. ab intestato*.

Con la costituzione *in aliquibus* fu stabilito, in ordine alla successione discendentale:

1.° Che morendo il padre intestato, i figli maschi escludevano le femmine, come anche i figli da' maschi escludevano le amite, cioè zie paterne, dalla successione dell'avo. In mancanza di figli o nipoti da maschi succedevano le femmine in esclusione di altri consanguinei del defunto. Lasciò indecisa, la costituzione, la quistione, se la nipote figlia del figlio premorto escludesse nella successione dell'avo, la amita ossia la sorella del padre figlia di colui della cui successione si tratta. Afflitto in d. *const.*, n. 64 dice, ch'egualmente succedevano, e Grammatico, *dec.* 63, riferisce di essere stato così deciso nel Sacro Consiglio. All'opposto Rovito, *cons.* 64 opina che la nipote, perchè rappresenta il suo padre, esclude l'amita per sentenza più ricevuta; ma ciò viene negato da de Luca in de Marinis, *resol.* 11. 145.

2.° Che i figli erano obbligati di dotare le sorelle e le amite; e per la qualità della dote, la stessa legge dice: *pro modo facultatuum suarum* (V. de Franchis, *decis* 87, *n. 4 in fine*) *et filiorum superstitum numero*, *secundum paragium debeant maritare*. La dote di *paraggio*, dice Cancio, v. *paragium*, s'introdusse perchè crebbe il lusso e l'autorità del dritto romano, ed a ragione de Marinis (*lib.* 2, *resolut*, *cap.* 166, n.2) osserva che la parola *paragium* significa la quantità secondo la condizione o qualità dello stato, e consuetudine del luogo. La dote di paraggio quindi dovea determinarsi, benchè la legge non l'avesse stabilito, ad arbitrio del giudice, secondo la quantità del patrimonio, il numero de'figli e la qualità de'conjugi, l.13, in fin. ff. *de testibus*: Afflict. in d. *const.*, n. 52. Se poi il paraggio differiva dalla legittima, se poteva esser meno, eguale o più della legittima, era una grave controversia tra i dottori (*) Ed un'altra controversia non men grave era quella di conoscere con qual azione poteva chiedersi la dote di paraggio. Ritenevasi che il paraggio non era dovuto per dritto ereditario, e perciò la donna dovea chiedere la dote con la condizione *ex lege*, arg. l. *un. ff. de condict. ex lege*, ch'è un'azione personale. Quindi ne conchiudeva Afflitto sulla costituzione *in aliquibus*, *e decis.* 172, che avendo il fratello alienato i beni ereditari, i terzi possessori non potevano molestarsi. Ma Andrea d'Isernia dava la tacita ipoteca alle donne, le quali almeno in sussidio potevano convenire i terzi possessori, dottrina per equità ricevuta nel foro, come attesta de Franchis, decis. 119, n.3 e 22, altramente, distratti i beni, si faceva frode alla costituzione, restando le donne prive della dote e del marito.

Quanto si è detto della costituzione *in aliquibus* in ordine alle esclusione delle femmine in concorrenza co' maschi sulla successione del padre, avea anche luogo in ordine alla successione della madre? Matteo de Afflictis, *ad const.*, n. 48 e decis. 178, fu il primo ad insegnare che la costitituzione come generale comprendeva ancora l'eredità della madre, per la ragione che nel testo della consuetudine due volte si legge *parentes*. Capocelatro, dec. 135 fu dello stesso sentimento, aggiungendo che nel linguaggio legale il padre comprende la madre, come il figlio la figlia, l.1, 195, 201 e 220 § 1, ff. *de V. S.* E de Franchis, dec. 171, n. 1 dice che in questo senso si è bene spesso giudicato dal Sacro consiglio.

III. La consuetudine Napoletana per la successione *ab intestato* de'discendenti stabiliva:

1.° Che le figlie femmine erano escluse da' figli maschi non solo nell'eredità paterna, ma anche nella materna, poichè stava testualmente scritto, *si moriatur aliquis vel aliqua*.

(*) De Franchis, *decis.* 61 e 618, Mantica, *de tacit. et amb.*, t.1, lib.12, tit.22 e 23, Capocelatro, decis 59, de Marinis, *resolut.*, cap. 93, Grammatico, decis. 57.

V. un'eccezione nell'art. 952.

avi ed alle avole, senza distinzione di sesso, di età, ed ancorchè essi sieno procreati da differenti matrimonj (1).

I fratelli uterini però non escludevano le sorelle uterine, ed in questo caso le sorelle prendevano nella materna eredità la porzione virile, la quale però non veniva presa da esse, ma si accresceva a' di loro fratelli germani, i quali erano tenuti a darle la dote di paraggio: *consuet. si qua muliter*, tit. *de muliere habente filios*. E dal Sacro consiglio fu deciso, che questa consuetudine la quale chiamava alla successione materna i figli nati da diversi matrimonî senza distinzione di sesso, e che la porzione delle femmine si accresceva a' fratelli germani, non avea luogo nella successione del padre, nella quale la porzione delle sorelle uterine cedeva a beneficio de' fratelli germani non solo, ma anche de' fratelli consanguinei. De Franchis, decis. 26.

2.° Che i maschi escludendo le femmine, erano tenuti a dotare secondo il paraggio sì la sorella che le amite; e laddove differissero di maritarle sino all'età di anni sedici, succedevano virilmente come i maschi; d. consuet. *si moriatur*, § *eas autem*: ciò da' dottori con barbara voce dicevasi *mascolinazione*. Ed in ciò la consuetudine di Napoli differiva dalla costituzione del regno, secondo la quale la femmina non poteva cercare la virile porzione, se il fratello differiva di maritarla: de Rosa nella d. Consuetud., §. *eas autem*, n. 300.—Quanto si è detto per la successione de' figli a' padri, debbe dirsi lo stesso, in forza della consuetudine, della successione de' nipoti, pronipoti e discendenti alla successione degli ascendenti: d. consuet, § *idem juris, et omnia*, ed ivi Napodano e de Rosa.

IV. La storia dell'ordine della successione de' discendenti secondo la costituzione *in aliquibus* e la consuetudine Napolitana dimostra, che il dritto di eguaglianza tra i figli, dritto che deriva dalla stessa natura, era stato violato, al pari di molte costumanze di Europa. A questo grave inconveniente si aggiungeva l'altro derivante dallo spirito di conservare il lustro della famiglia, in modo che tra gli stessi maschi, il primogenito raccoglieva tutto, ed i secondigeniti eran condannati ad uno stato miserabile. Da ciò derivavano le dissenzioni nelle famiglie, la discordia fra i figli e quelle ineguaglianze ributtanti. Il codice francese, art. 745, proscrisse perciò la distinzione tra i figli, ristabilì l'eguaglianze del dritto successorio nella successione discendentale, in modo che i figli succedevano per capi ed i discendenti per dritto di rappresentazione. « Così, disse Siméon innanzi al » corpo legislativo, finirono le ingiuste distinzioni di sesso, di primogenitura ed anche di » letto. Le femmine sono egualmente preziose e necessarie alla società che gli uomini, i » cadetti del pari a' primi nati, i figli di seconde nozze egualmente che quelli del primo » matrimonio. La legge con egual occhio tutto osserva e dà a tutti eguali dritti. Appar» tiene a' parenti di distinguerli senza ingiuria, ed il far conoscere una giusta predile» zione a quelli che la meriteranno. Le loro disposizioni saranno il giudizio domestico, » la legge particolare delle famiglie; esse potranno introdurvi una ragionevole e mode» rata ineguaglianza. Ma l'eguaglianza sarà il dritto comune, il voto e la disposizione » generale del nostro dritto civile ». Locré 5, p. 135, n. 21.

V. La legge del 29 gennajo 1816 derogò in parte alla eguaglianza nella successione de' discendenti; si allontanò dal sistema semplice della novella di Giustiniano, richiamata in vigore dal codice francese, e ristabilì in parte il dritto consuetudinario sulla preferenza de' maschi alle femmine. Ecco quanto disponevano gli art. 13 a 16 della citata legge:

Art. 13. I figli succederanno al padre ed alla madre, senza distinzione di età, ed ancorchè sieno procreati da diversi matrimonî. I maschi nondimeno, IN ESCLUSIONE DELLE FEMMINE, *succederanno nella metà. Nell'altra metà, che da oggi innanzi formerà la legittima dovuta a' figli, succederanno a porzione eguali i maschi stessi e le femmine; conferendo nell'eredità, secondo le regole stabilite per le collazioni, le donazioni e le doti che avessero ricevute.*

Nella inesistenza de' maschi e de' loro discendenti, le femmine conseguiranno l'intera eredità.

Art. 14. I discendenti da' figli premorti, in qualunque grado sieno, succederanno per dritto di rappresentazione, o sia in istirpi: essi concorreranno co' figli superstiti del defunto.

Art. 15. La precapienza accordata a' maschi in concorrenza delle femmine, avrà luogo ancora fra i discendenti. Quindi i discendenti delle femmine nel concorso de' discendenti de' maschi, conseguiranno soltanto la porzione dovuta a colei da cui discendono. E tra' discendenti di una stessa persona le femmine nel concorso co' maschi non prenderanno che la sola porzione che loro compete nel modo fissato nell'art. 13.

VI. Le leggi civili, art. 667, sono ritornate all'eguaglianza che nella successione discendentale aveano stabilito il dritto Giustinianeo, ed il codice francese.

(1) La disposizione dell' art. si applica: 1.° A' figli legittimi; 2.° A' figli legittimati per susseguente matrimonio, art. 255; i quali però non ànno dritto nell'eredità de' parenti

Essi succedono in eguali porzioni e per capi, quando sono tutti nel primo grado, o (1) chiamati per proprio dritto. Succedono per istirpe, quando vengono o tutti o alcuni di essi per rappresentazione. V. gli art. 661 e 665.

SEZIONE IV.

Delle successioni che si defferiscono agli ascendenti (2).

668. A colui che muoia senza lasciar prole, nè fratelli, nè sorelle, nè discendenti di essi, succederà il padre e la madre, o quello tra essi che sarà sopravvivente.

---

morti prima del matrimonio che à prodotto la loro legittimazione: vedi la nota 2, pag. 79, ed oltre gli autori ivi citati, Merlin, rep. v. *legittimation*, sez. 3; Pandette Francesi sull' art. 723 (644); Duranton, t. 6, n. 69.; 3.° A' figli adottivi, i quali succedono come i figli legittimi ne' soli beni dell' adottante, art. 274.

La chiamata de' discendenti in esclusione degli altri parenti ascendenti o collaterali è indipendente dalla prossimità del grado: essi escludono tutti gli altri parenti più prossimi al defunto, ed ancorchè non potessero far uso della rappresentazione per la rinuncia del loro autore. Così Pietro nipote ex figlio di Cajo, della cui successione si tratta, escluderà Mevio padre di Cajo, quantunque Giovanni padre di Pietro avesse rinunziato. Ciò viene spiegato maggiormente dagli art. 668 e 672, che chiamano gli ascendenti e collaterali quando il defunto non à *lasciato prole*. Delvincourt, lib. 3, tit. 3, cap. 3, sez. 3, in princ. Toullier, t. 4, n. 201. Chabot sull' art. 745 (667), n. 2.

(1) Nel corrispondente art. 745 del codice francese si legge la particella congiuntiva *E*. Il nostro articolo facendo uso della particella *O* à seguito la versione italiana del codice francese; ma si vede bene che la particella *O* non è adoperata qui nel senso disgiuntivo o alternativo, ma è dichiarativa ed è sinonima dell' espressione, *o sia*, nel qual senso trovasi usata da Quintiliano (*Quest. de orat.*, lib. 1, cap. 6) la particella *sive*. Bene spesso le particelle *et* ed *aut* si confondono, usurpandosi indistintamente per disgiuntive o congiuntive, dal che il contesto dell' orazione manifesta il senso, l. 53, ff. *de V. S.*; l. 14, ff. *de injust.*; *rupt. et irrit.*; l. 30, ff. *de auro.*, *arg. leg.*; l. 4, C. *de V. S.*; l. 6, C. *de in st. et subst.* Ora il senso dimostra che qui la particella *O* è adoperata nel senso dichiarativo, poichè i figli succedono per capi quando sono tutti nel primo grado, *o sia* chiamati per proprio dritto. Ma quando sono chiamati per proprio dritto, e non sono in primo grado, i discendenti succedono per dritto di rappresentazione, art. 661. Laddove quindi volesse intendersi che il legislatore abbia qui adoperato la particella *O* nel senso disgiuntivo, oltre che vi sarebbe contraddizione tra questo art. e l'art. 661, sarebbe un distruggere il canone fondamentale in questo stesso art. ricordato, che nella successione discendentale la rappresentazione ha luogo all' infinito.

(2) I. Secondo il capo 2 della novella 118, e la novella 127 di Giustiniano, la successione degli ascendenti era regolata nel seguente modo. A' figli morti senza discendenti succedevano egualmente il padre e la madre; mancando uno di essi, il superstite raccoglieva tutta l' eredità. In mancanza di genitori l' ascendente più prossimo escludeva il più lontano: così l' avo materno escludeva il bisavo paterno, per la ragione che non davasi luogo a rappresentazione nella successione ascendentale. Vi era però una specie di rappresentazione che non avea altro effetto, che di dividere la successione tra gli ascendenti in grado eguale nella linea paterna e materna, ancorchè il numero da una parte fosse maggiore e dall' altra minore: vedi la nota 2, pag. 259 e 260.

Se poi il defunto lasciava ascendenti e fratelli e sorelle germani o loro discendenti, la successione si divideva nel seguente modo. Gli ascendenti ed i fratelli germani concorrevano *per capita*, ed i figli de' fratelli o sorelle predefunti *per stirpes*. Bisogna però avvertire, che è stata una grave controversia tra i dottori, se in mancanza de' genitori, gli altri ascendenti erano esclusi da' fratelli; come altresì era controvertito, se i figli del fratello predefunto potevano godere del beneficio della rappresentazione (vedi la nota. 3, pag. 263) e quindi concorrere cogli ascendenti, quando il defunto non avesse lasciato alcun fratello. Domat, parte 2, lib. 2, tit. 2, sez. 1, osservazioni a' n. 7 e 8.

II. Il dritto de' genitori di succedere a' figli proveniva nel nostro regno dalla maniera con cui si regolavano i patti del loro matrimonio. Si contraeva il matrimonio *alla vecchia*, ed *alla nuova maniera*. Contraendosi *alla vecchia maniera*, val dire secondo *l' uso de' Proceri e Magnati*, il padre e la madre succedevano a' figli che morivano intestati, e si osservava nelle province il dritto romano, perchè niente era generalmente stabilito per le leggi del regno intorno al modo della successione ascendentale. Ma per la consuetudine

V. l'art. 662. 669. In mancanza de' genitori l'eredità si deferirà, a parti eguali, agli ascendenti più prossimi, sia nella linea paterna, sia nella linea materna; salvo ciò che è disposto nello articolo seguente.

670. Gli ascendenti succederanno ad esclusione di ogni altro nelle cose da

---

napoletana *si quis vel si qua*, tit. *de success. ab intest*, si dovea far distinzione tra beni: i *paterni* erano de' congiunti per parte di padre, ed i *materni* de' parenti per parte di madre. I dottori però quistionarono, se la detta distinzione de' beni si dovesse fare nella sola successione de' collaterali, o anche degli ascendenti: alcuni, seguendo la dottrina di Napodano, insegnarono che esistendo il padre e la madre o uno di essi, non si dovea ammettere la distinzione de' beni; ma dovea osservarsi la distinzione de' beni, quando in mancanza del padre e della madre eran chiamati gli altri ascendenti, così che l'avo e l'ava paterna succedevano a' beni provenuti dalla parte del padre, e l'avo e l'ava materna a' beni derivati dal lato materno: *in d. Consuetud.* verbo *si quis*, n. 132. Non mancarono però de' dottori e delle decisioni (*) di sostenere che la distinzione de' beni non si dovesse fare nella successione degli ascendenti, prendendo argomento dalla consuetudine *filius familias*, secondo la quale il figlio da' materni beni dovea lasciar la legittima agli ascendenti materni. Ove però oltre gli ascendenti, il defunto lasciava anche fratelli i quali per la consuetudine concorrevano cogli ascendenti, l'origine de' beni dovea sempre attendersi: quindi era, che gli ascendenti non solo succedevano co' germani del defunto, ma ancora co' consanguinei ed uterini, in modo che a' materni beni si ammettevano il padre, la madre, i fratelli germani e gli uterini; agli altri beni i genitori, i germani ed i fratelli consanguinei; Napodano, sulla consuetudine *si quis vel si qua*, n. 131. Ed è da avvertirsi che per la consuetudine *sed si morienti* succedevano cogli ascendenti e fratelli, anche i discendenti de' fratelli defunti per dritto di rappresentazione.

Il matrimonio contratto *alla nuova maniera*, ovvero secondo l'*uso* delle Nobili Piazze di *Capuano e Nido*, avea più da vicino l'oggetto di conservare i beni nelle famiglie. Come, secondo il matrimonio contratto *alla vecchia maniera*, i genitori succedevano indistintamente a' beni de' figli, ciò non piacque a' nobili de' Sedili di Capuano e Nido, e perciò ne venne il costume di contrarre le nozze secondo l'uso di Nido e Capuano, che fu confermato nel 1505 da Ferdinando il Cattolico, com'è chiaro da' capitoli della città. Era adunque un patto implicito al matrimonio contratto *alla nuova maniera*, che il padre s'intendeva di aver rinunciato all'eredità del figlio ne' beni materni, e la madre ne' beni paterni. Laonde, se il figlio già divenuto erede del padre moriva in età pupillare, o in altra età senza testamento, a' beni paterni succedevano i consanguinei più prossimi del lato paterno, esclusa la madre, la quale in forza dell'uso di dette nobili Piazze rinunciato avea a codesta successione. Del pari il figlio ch'era succeduto alla madre, morendo senza testamento, avea per successori nella dote e negli altri beni materni i più prossimi parenti da parte della madre. Nè i soli nobili de' sedili di Capuano e Nido poteano contrarre il matrimonio secondo l'uso di essi, cioè alla nuova maniera: tutti gli altri anche ignobili delle province potevano farlo. De Franchis, dec. 546; Capocelatro, dec. 35.

Giova qui esporre tutt'i capi de' patti soliti ad apporsi ne' capitoli matrimoniali contratti *alla vecchia* ed *alla nuova maniera*.

Consuetudine de' Proceri e Magnati.

Questa consuetudine si contiene in dieci capitoli, inseriti fra le napoletane consuetudini da Camillo Salerno, pag. 121.

1.° Se la donna maritata dal padre secondo il detto uso muoja intestata e senza figli da questo matrimonio, e sia vivente il padre, a costui dee la dote restituirsi, e laddove sia premorto, a' più prossimi parenti della linea paterna.

2.° Se la donna dotata dal padre morendo senza figliuoli faccia testamento, può, se il padre sia morto, legar la dote a chi le piace; ma sopravvivendo il padre, non può testare in minima parte della dote.

3.° Se la donna dotata dal padre muoia lasciando uno, due o tre figli, ed il padre, può testare di due terzi della dote, salva però la legittima de' figli nella terza parte. Se poi lascia superstiti quattro o più figli, la legittima de' figli è della metà, e per conseguente può testare dell'altra metà.

4.° Se muoja la donna testata, o intestata, lasciando superstiti i figli ed il marito, e dopo la sua morte muojano i detti figli nell'età pupillare o in qualunque età intestati, il padre della donna succede a costoro nella dote materna.

(*) Rovito, *cons.* 98. De Marinis, *resol.* 1, 7, Minadoi, dec. 38. Capocelatro, dec. 61; de Franchis, *decis.* 91, e 606, n. 4.

essi date in dote alle loro figlie e discendenti, o altrimenti donate a' loro figli o discendenti morti senza prole, allorchè le cose donate si trovano in ispecie nella eredità.

5.° Morendo il padre, lasciando figli, a' quali non sostituì pupillarmente, la madre si ammette alla successione di essi morti nell' età pupillare o in qualunque età senza testamento, ne' beni ereditari paterni, mobili e stabili, burgensatici e feudali.

6.° Che se la donna maritata da' fratelli o da altre persone muoja intestata senza figli, la restituzione della dote si fa a' detti dotanti; ed essi mancando, a' loro più prossimi parenti paterni o materni.

7.° Che la donna dotata da' fratelli morendo senza figli, possa disporre delle sue doti, quantunque le sopravvivano coloro che l'àn dotata.

8.° Che la donna maritata da' fratelli morendo con figli, può testare della dote, lasciando però a' medesimi la legittima secondo il numero de' figli, giusta il capo 3.

9.° Che la donna acquista l' antefato nell' usufrutto e nella proprietà se premuore il marito senza figliuoli dal detto matrimonio; se poi lascia figliuoli, acquista dell'antefato il solo usufrutto.

10.° Che la donna morendo con figli non possa nella successione delle sue doti sostituire a' figliuoli pupillarmente, o quando morissero ab intestato in qualunque età; il che non è così in persona del padre.

Dell' uso ossia patto di Capuano e Nido.

Poichè Napodano comentando la consuetudine *si quis vel si qua* introdusse la dottrina, che la regola *paterna paternis, e materna maternis* avesse dovuto cessare *patre, vel matre in medio existente*, i nobili delle piazze di *Capuano e Nido* col consiglio de' primi savi del foro introdussero gli usi di Capuano e Nido, mercè de' quali con rinuncie espresse si facean togliere di mezzo i genitori dalla successione de' loro figliuoli. Le parole di questo patto e le clausole solite ad apporsi da' notaj ne' capitoli matrimoniali sono riferite da Matteo d' Afflitto nella decisione 237. Giova qui notare:

1.° Che secondo l' uso di Capuano e Nido, l'antefato si costituisce alla moglie nella metà della dote, se non si trovasse limitato dalla Prammatica *unica de antefato* a proporzione della varia quantità della dote;

2.° Che morendo il marito senza figli, la moglie acquista l' antefato nella piena proprietà; essendovi figli gode del solo usufrutto;

3.° Che la madre è esclusa dalla successione de' figli ne' beni paterni, e 'l padre è escluso dalla successione de' beni materni.

4.° Che la madre morendo con figli non può disporre che della decima parte delle doti; morendo senza figli può disporne della metà.

III. Gli annali dell' antica giurisprudenza dimostrano di quante liti era fecondo l' esposto sistema, e quanto si rendeva difficile e penosa la liquidazione e divisione dell' eredità. Le consuetudini di Francia presentavano i medesimi inconvenienti, de' quali non risentivano le conseguenze i paesi governati dal dritto scritto, dove non si faceva che una massa delle facoltà per intero raccolte fra gli eredi i più vicini. I compilatori del codice civile ricorsero ad un sistema di transazione, poichè togliendo a' parenti paterni e materni le facoltà delle loro linee, sostituirono una divisione eguale fra le due linee senza riguardo alla natura ed origine de' beni (vedi la nota 2, pag. 259). Quindi l'art. 746 del codice civile stabiliva così: *Se il defunto non à lasciato nè figli, nè fratelli, nè sorelle, nè discendenti da essi, la successione si divide per metà tra gli ascendenti della linea paterna e gli ascendenti della linea materna.*

L' ascendente che si trova nel grado più prossimo, conseguisce la metà assegnata alla sua linea, ad esclusione di tutti gli altri.

Gli ascendenti nel medesimo grado succedono per capi.

IV. Nella nota 2, pag. 259 e 260 si è osservato quale sistema fu adottato dalla legge de' 26 gennajo 1816. Le osservazioni ivi fatte dimostrano, come nella successione dovuta agli ascendenti le leggi civili ànno cogli 668 e 669 stabilito un sistema facile, e che senza riconoscere l'origine de' beni e l'eguaglianza fra le due linee, danno all'ascendente più prossimo l'eredità, con escludere gli ascendenti più remoti dell' una e dell'altra linea. Quest'ordine di successione che deriva da una legge di ordine pubblico non può soffrire alcuna variazione con convenzioni anche matrimoniali; art. 708, 1084, 1343, 1445.

Per conoscere poi il dritto degli ascendenti quando concorrono oggi co' fratelli e sorelle del defunto, vedi la nota 1, pag. 277 a 280.

Se tali cose si trovassero alienate, gli ascendenti riscuoteranno il prezzo che potrebbe tuttora esserne dovuto. Succederanno in oltre all'azione che il donatario avrebbe potuto sperimentare per ricuperarle: saranno però tenuti a contribuire pel pagamento de'debiti (1).

V. l'art. 791.

(1) La successione in favore degli ascendenti donanti rispetto alle cose da essi donate a'loro discendenti è una specie di successione *anomala*, poichè inverte l'ordine legale ordinario delle successioni. Chiamasi *riversione*, perchè fa ritornare nelle mani degli ascendenti le cose che essi aveano donate: chiamasi benanche *ritorno legale*, per controporlo al ritorno convenzionale, perchè è accordato dalla sola legge, senza che vi sia bisogno di stipularlo.

Il dritto di riversione, riconosciuto dal dritto romano, confermato dal nostro dritto consuetudinario, è stato rispettato dalle nuove leggi. Due motivi di equità rendono giusta e favorevole la riversione: l'uno è di dare agli ascendenti un conforto, onde non soffrano contemporaneamente la perdita de'figli e quella de'beni, l. 6, ff. *de jure dotium*; l. 4, C. *solut. matrim.*: l'altro motivo è di non distornare gli ascendenti dall'usare liberalità a'loro discendenti, come potrebbe avvenire se avessero a temere questa doppia perdita; l. 2, C. *de bon. quae lib.*

L'antica giurisprudenza presentava sul dritto di riversione moltissime difficoltà: altrettante ne presenta la nuova, poichè un solo articolo, qual è quello in disamina 670, è insufficiente a dare tutt'i necessari sviluppamenti in una materia che offre innumerevoli casi. Maloville osserva con rincrescimento, che sul dritto di riversione il processo verbale del consiglio di Stato è oscurissimo: e con rincrescimento deve altresì osservarsi che la nuova legislazione à voluto lasciare le incertezze che regnavano nell'antica. Non è quindi da meravigliare che dopo tanti anni da che il codice civile è in vigore, le opinioni sieno diversissime, e la giurisprudenza tuttavia fluttuante.

Egli è certo però, che la regola da seguirsi per non dar luogo all'arbitrio è quella di attenersi al testo della legge. Con questa guida Merlin, Grenier e Chabot ànno comentato l'art. in disamina, e con questo metodo può dirsi, che senza aggiunger cosa alcuna alla legge, o sostituendo ad essa le opinioni personali, si può comprendere lo spirito della legge medesima.

Per procedere con metodo all'esame del dritto di ritorno, conviene classificarne la materia così: 1° esporre a quali persone è accordata la riversione; 2° determinare i casi, ne'quali il dritto di riversione è aperto e può esercitarsi; 3° conoscere in quali qualità e con quali condizioni possono gli ascendenti esercitare il dritto di riversione: 4° stabilire le cose, che van soggette o pur no alla riversione legale.

I.

A quali persone è accordata la riversione legale.

I. Il dritto di ritorno era dal dritto romano conceduto agli ascendenti paterni; l. 6, ff. *de jure dotium*; l. 4, C. *de bonis quae lib.* La madre e gli ascendenti materni n'erano privati, a meno che non ne avessero fatto oggetto di una clausola particolare nella costituzione della dote; l. unic. C. *de rei uxoriae actione*, § 13. L'equità determinò alcuni giureconsulti ad estenderne per regola le disposizioni, anchè agli ascendenti materni: Domat, parte 2, lib. 2, tit. 2, sez. 3, n. 4—La benignità della giurisprudenza antica è stata sublimata in legge dall'art. 670, che accorda indistintamente il dritto di ritorno *agli ascendenti*. L'ascendente è ammesso a succedere nelle cose donate quando sopravvive al donatario morto senza prole. Questo dritto quindi è meramente personale, così che premorendo l'ascendente donante al donatario, succederanno nelle cose donate al donatario morto *senza prole*, i suoi eredi nell'ordine legale, e si confondono nella massa de'beni. Se poi l'ascendente donante sopravvive al donatario, e muore senza di aver accettato o ripudiato nella eredità del donatario le cose donate, trasmette questo dritto a'suoi eredi, per l'art. 698. Chabot, sull'art. 747 (670) n. 3, e 7. Toullier, t. 4, n. 239.

II. La riversione essendo una successione anomala, à luogo a favore degli ascendenti che ànno un rapporto di successibilità co'discendenti. Per risolvere quindi la quistione, se l'ascendente abbia il dritto di riversione nelle cose donate a' discendenti naturali, conviene distinguere, se tra il donante e'l donatario vi sia rapporto di successibilità. Così, aprendosi la successione di un figlio naturale, nella quale avranno dritto il padre e la madre, art. 680, il padre che avea fatto al figlio naturale una donazione, preleverà sulla massa della successione, le cose donate, perchè tra lui e'l figlio essendovi un rapporto di successibilità, vi sono i medesimi motivi per applicare l'art. 670. Toglie ogni difficoltà l'art. 681, secondo il quale i figli legittimi ànno il dritto *di riversione* delle cose dal loro padre do-

671. Il padre e la madre, o quello tra essi che si troverà superstite, ed in mancanza di entrambi l'ascendente più prossimo, concorrerà co' fratelli e col- V. gli art. 662, 668 e 669.

---

nate ad un figlio naturale morto senza prole: or sarebbe contraddittorio che i figli esercitassero un dritto che non avrebbe potuto esercitare il loro padre — Se poi la donazione si fosse fatta dall'avo al figlio naturale del figlio legittimo, non avrebbe luogo il dritto di riversione, perchè non vi è tra loro alcun rapporto di successibilità, e di parentela legittima. I figli naturali non fanno parte della famiglia, e l'avo donante può considerarsi come un estraneo, dirimpetto al figlio naturale del figlio legittimo, art. 259, 677, 680 e 681. V. Chabot, sull'art. 747 (670) n. 4 e 5. Delaporte, *pandect. français* su d. art. Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 57. Duranton, t. 6, n. 221—Pensa intanto Benoit, *traité de la dot.* t. 2, n. 90 che il ritorno legale deve aver luogo a favore dell'ascendente che abbia dotato la figlia naturale del figlio legittimo.

II.

De' casi ne' quali il dritto di riversione è aperto e può esercitarsi.

I. La riversione legale essendo un dritto di successione che esercita il donante sulla eredità del donatario, egli è chiaro che questo dritto si apre alla morte del donatario, art. 638. In Francia si propose il dubbio, se la riversione si apriva per la *morte civile* del donatario, e Chabot risolse la quistione affermativamente, perciocchè la morte civile faceva perdere la proprietà de' beni al condannato, e la costui successione si apriva per effetto della condanna. A tale ragionamento si poteva aggiungere, che per la morte civile sciogliendosi il matrimonio del condannato, perdeva questi la speranza di avere figli legittimi, il favore de' quali specialmente impediva la riversione.

La quistione presso di noi non è difficile a risolversi, se si consideri che per l'art. 638 la successione si apre anche per condanna portante la privazione de' dritti civili, e quindi i beni donati non possono che appartenere all' ascendente donante. Ma si dirà: finchè il condannato a vita non perde la speranza di aver figli, anche legittimi, perchè la condanna non iscioglie il matrimonio del condannato, e quindi bisognerebbe attendere la morte naturale del condannato, come opinavano antichi dottori fondando la loro opinione sulle leggi 83, ff. *de verborum obligationibus*, e l. 34, ff. *de contrahenda emptione*. Questa obiezione giustissima, non potrà da' giudici ascoltarsi fino a che la legge non sarà riformata; perciocchè se i figli legittimi del condannato nati dopo che la sentenza è passata in cosa giudicata non acquistano, come in altro luogo osservammo (vedi la nota alla pag. 13, n. II) alcun dritto sulla successione del loro genitore che erasi aperta all'epoca della condanna, come l'evento della loro nascita potrebbe arrestare l'apertura della successione anomala a favore dell'ascendente donante?

II. Per esercitarsi la riversione, è mestieri che il donatario sia morto *senza prole*, dice l'art. 670. Il dritto romano lasciava indeciso, se il donatario lasciando figli, avea luogo il dritto di riversione a favore dell'ascendente donante; donde due opinioni si elevarono nelle scuole. Quella che ottenne la pluralità de' pareri (Domat, lib. 2, tit. 2, sez. 3 n. 4, Cujacio *ad § 6 de rei uxoriae actione*, t. 9, p. 505) fu di verificarsi la riversione nel solo caso che il donatario morisse senza figli, e questa opinione è stata sublimata in legge dal codice e con ragione, perciocchè il donatario lasciando figli, l'ascendente donante vede in costoro la persona che rappresentano, e presso i quali sussistono i motivi della donazione.

Può dirsi con fondamento, che i figli nati al donatario da un matrimonio diverso pel quale fu fatta la donazione, impediscono la riversione, poichè l'art. 670 accordando questo dritto quando il discendente donatario è morto *senza prole*, non distingue da qual matrimonio debba esser nata. Si potrebbe opporre che le donazioni a causa di matrimonio giovano solamente, giusta l'art. 1044, a' figli nati da tal matrimonio; ma l'art. 1038 dispone espressamente in questo caso, che non si estendono gli stessi motivi alle donazioni fatte in forza dell'art. 670. Dippiù, se impedisce la riversione l'esistenza di un figlio adottivo o naturale del donatario, come or ora vedremo, a più forte ragione deve impedirla la esistenza di figli legittimi nati da un precedente matrimonio. Chabot, sull'art. 747 (670), n. 10. Toullier, t. 4, n. 240. Duranton, t. 6, n. 217—*Contra*, Benoit, t. 2, n. 102.

Del pari la discendenza naturale del donatario esclude il dritto di riversione; poichè il figlio naturale à su' beni del padre e della madre un dritto di successione, art. 674. Ma come il figlio naturale concorrendo cogli altri parenti del defunto alla successione del padre non raccoglie tutta l'eredità, così l'ascendente donante non lascia di conservare il suo dritto sulla quota che non raccoglie il figlio naturale, per la ragione che l'ascendente donante non perde il suo dritto di riversione che riguardo al figlio naturale del donatario, e non già a' costui parenti legittimi. Chabot, sull'art. 747 (670), n. 14. Delvincourt, lib. 3, tit.

V. gli art. 663, 664 e 665. le sorelle del defunto, e co' discendenti de' fratelli e delle sorelle premorte unilaterali e bilaterali; i genitori, gli ascendenti, i fratelli e le sorelle, in capi

3, nota 57. Toullier, t. 4, n. 240. Favard, rep. v. *successions*, sez. 3, § 2, n. 8. Duranton, t. 6, n. 219—Si è al contrario deciso dalla Cass. di Parigi con arresto de' 3 luglio 1832, che la esistenza di un figlio naturale non impedisce la riversione legale.

Da ultimo il figlio adottivo del donatario è di ostacolo all'esercizio del dritto di ritorno, poichè la legge assicura al figlio adottivo le stesse prerogative nella successione del padre come se fosse legittimo, art. 274. Nè può dirsi che l'ascendente donante sia stato ingannato, poichè potendo il donatario disporre delle cose donante a titolo oneroso e gratuito, l'adozione è per lo meno un legato della successione dell'adottante. Chabot, ibid., n. 13, Delvincourt, Toullier e Favard, ibid; Duranton, t, 6, n. 220. *Contra*, Benoit, t. 2, n. 104.

III. Essendosi dimostrato, che la riversione si esercita quando il donatario non lascia prole legittima, naturale o adottiva, convien esaminare se la riversione dee aver luogo nel solo caso in cui il donatario muoja senza posteriorità, ovvero possa essere anche esercitata, allorchè i discendenti del donatario, che aveano impedita la riversione, vengano a morire senza posterità prima dell' ascendente donante. Controvertita questa quistione sotto l' impero dell'antica giurisprudenza, l'è altresì tale dopo la pubblicazione del codice, e non senza ragione disse un dotto giureconsulto, che potrebbero formarsi due armate degli autori che sostennero le opinioni contrarie. La maggior parte degli antichi autori ritenne che morendo i figli del donatario senza discendenti, il dritto di riversione avea luogo a favore dell'ascendente donante che loro sopravvisse: Perezio nel Cod. tit. *de bonis quae liberis*, n. 13; Fabro, *Conj.*, lib. 13, Cap. 10; Domat, parte 2, lib. 2, tit. 2, sez. 3, osservazioni al n. 4; Pothier *successions*, cap. 2, art. 3, § 2—Sotto l'impero del codice si sono pronunziati contro l'ascendente, Chabot, sull'art. 747 (670) n. 12, il quale riferisce di pensare nello stesso modo Terrible e Daniels; Merlin, rep. v. *réserve*, sez. 2, §. 2, n. 6; Grenier, *donations*, t. 2, p. 343; Toullier, t. 4, n. 242; Favard, v. *successions*, sez. 3, §. 2, n. 7; Duranton, t. 6, n. 216, e Malpel, n. 133: in questo senso decise la Corte di cassazione di Parigi con arresti de' 18 agosto 1818 (Sirey 1818, l. 370), e 30 novembre 1819 (Sirey, 1820, l. 107). Questa giurisprudenza è impugnata da Maleville, sull'art. 747 (670); Delvincourt lib. 3, tit. 3, nota, 87, Delaporte, *pandect. franc.*, lib. 3, p. 76, n. 103 — In Napoli, la Corte Suprema di Giustizia con arresti del dì 5 luglio 1825, e de' 29 ottobre 1839 (causa tra Saponara e Pace) decise a favore dell' ascendente. Un arresto contrario fu profferito nel dì 8 settembre 1838 (causa tra *Grandinetti e Giampella*). Merita di esser letta la sentenza profferita dalla seconda camera del Tribunale civile di Napoli nel dì 21 agosto 1839 nella causa tra del Forno e Landolfi, con la quale si è giudicato di competere all' ascendente donante il ritorno legale se il donatario morendo con figli, costoro muojono in vita del donante: il ragionamento di questa elaborata sentenza, è opera del dotto magistrato Nicola Gigli, chiarissimo professore di dritto.

Quale delle due opinioni merita la preferenza? Noi ci pronunziamo contro il dritto di ritorno, e prima di esporre i motivi della nostra opinione, convien premettere, che coloro che ànno opinato sotto l'impero del codice pel dritto di ritorno, si sono fatti trascinare dall' autorità de' giureconsulti che ànno scritto sotto l' influenza del dritto romano, senza avvertire che i principi regolatori della riversione ne sono oggi ben diversi. Illustriamo questa proposizione.

Secondo i principi del dritto romano, la riversione era considerata come una tacita condizione delle donazioni fatte dagli ascendenti a' loro figli, e gli furono attribuiti gli stessi effetti concessi alla riversione convenzionale; così che molti sostennero che le alienazioni fatte dal donatario o da' suoi discendenti, non potevano essere di pregiudizio al donante, nè impedire il dritto di ritorno: vedi Domat, parte 2, lib. 2, tit. 2 sez. 3, osservazioni al n. 5: Merlin, v. *riversion*, sez. 1, § 2, art. 2. — Oggi per lo contrario il ritorno è un dritto di successione, nè toglie al donatario la facoltà di disporre delle cose donate.

La riversione legale per dritto romano avea luogo a favore del padre, ancorchè fosse vivo l'avo che avesse dotato la nipote morta senza figli, poichè essendo dovere del padre dotare la figlia, l'avo l'avea dotata in vece sua; e per doppio dritto ritornava al padre questa dote, e come rappresentando l'avo, e come ripigliandosi un dono che questi avea fatto per lui; l. 6, ff, *de collat.*—Oggi l'ascendente donante *succede ad esclusione di ogni altro*.

La riversione pel testo del dritto romano antico avea luogo soltanto per le doti, l. 6, ff. *de jure dotium*: gl' imperadori Teodosiano e Valentiniano l' introdussero nel caso delle donazioni a contemplazione di matrimonio; l. 2, C. *de bon. quae ut lib.*; e se l' imperadore Leone colla sua novella 25 estese questo dritto a tutte le donazioni che il padre poteva fare a' suoi figli in potestà, non cessa di esser vero che per dritto romano il ritorno legale avea luogo per effetto della patria potestà — Oggi si esercita il dritto di riversione

ed a porzioni eguali; i discendenti da'fratelli e dalle sorelle, anche unilate-

---

su di ogni sorta di donazione non per effetto della patria potestà, ma per un dritto di successione stabilito dalla legge.

Le citate leggi romane non distinguono il caso in cui il discendente al quale si fosse fatta una donazione a riguardo del suo contratto di matrimonio, morisse senza figli, e 'l caso in cui lasciasse figli; il che avea fatto nascere una grave quistione. Secondo la sentenza più accolta dal foro, i figli del donatario impedivano il ritorno de' beni all'avo, ma gli acquistavano per proprio dritto, non come eredi del padre, e rimanevano soggetti a conferirli nell' eredità dell' avo medesimo. Questa fu la così detta consuetudine di Martino che prevalse all'opposta opinione di Bulgaro, e di cui possono vedersi i ragguagli nella *Decisione 190 di* Tesauro, nelle *Conjetture di Fabro, lib. 1, cap. 16, lib. 13, cap. 1; nel cap. 71 del lib. 3, Controvers. Fachinei*; nella *Dotium summa* del Cardinal de Luca, n. 431.

Per il che, secondo questi principî, poteva con fondamento sostenersi, che la premorienza de'figli del donatario dava luogo al dritto di riversione. Oggi che la legge à precisato che la esistenza de'figli del donatario non apre il dritto di riversione, e che i figli del donatario succedono nelle cose donate al loro padre, non come eredi del donante, ma come eredi del loro padre donatario, ne segue che il principio del dritto romano non può servir di guida nella risoluzione della quistione proposta.

Il dritto di riversione adunque non dovendo esser regolato co'principî del dritto romano, ma dalle disposizioni delle leggi civili, il testo dell'art. 670 si pronunzia contro l' ascendente, pe'seguenti motivi:

1.° La sezione legislativa avea nel progetto del codice proposto la seguente compilazione: « Gli ascendenti succedono... a'loro figli, o discendenti, *allorchè i donatari sono morti senza prole* » — Se si fosse conservata questa compilazione, sarebbe certo che morendo i donatari con figli, ancorchè costoro premorissero al donante, non si darebbe luogo al dritto di riversione. Bisogna dunque conoscere perchè questa compilazione non è stata conservata. Nol fu, perchè non si spiegava sulle cose cui la riversione applicavasi. Essa diceva soltanto, *alle cose da essi donate*, mentre la sezione avea inteso di applicare la riversione a tutte le cose donate che si trovano *in ispecie nell'eredità*. A tal uopo la sezione legislativa fu convocata per riformare l'articolo, *sotto questo rapporto*, come lo annunzia formalmente il processo verbale; e se si soppressero le parole *allorchè i donatari*.., per sostituirvi semplicemente *a'loro figli o discendenti morti senza prole*, è perchè l' addizione proposta chiedeva questa nuova forma di parole per rendere la frase più semplice e più breve. Quest'ultimo cambiamento non fu l'oggetto di alcuna osservazione nel consiglio di Stato. Locré, t. 5, p. 52 e 53, n. 9.

Laonde con le parole *a'figli o discendenti*, il legislatore non à voluto intendere che l'ascendente succeda non solo a'figli donatarî, ma anche a'loro discendenti; à inteso bensì colla parola *discendente* estendere all' avo la facoltà di donare col dritto di riversione, e così à abrogato il dritto romano che chiamava per dritto di riversione il padre, quantunque alla costui figlia la dote fosse data dall'avo.

2.° L'art. 670 presenta nel suo contesto l' idea, che l' ascendente donante non succede a'figli del donatario, poichè limita il dritto di successione *alle cose da esso donate, ed all'azione che il donatario avrebbe potuto sperimentare*. Trattasi adunque della successione al *donatario*, e non della successione a'suoi figli, i quali non avrebbero questa qualità: la causa della proprietà è cambiata, ed i figli del donatario succedono nelle cose donate come eredi del loro padre. L'ascendente quindi non succederebbe nelle cose donate, nè succederebbe al donatario morto senza prole.

3.° L'art. 670 accorda agli ascendenti il dritto di riversione anche per le cose da essi *date in dote alle loro figlie e discendenti*. Dal perchè queste parole non trovansi nel corrispondente articolo del codice francese, si è conchiuso da taluno che le leggi civili abbiano fatto ritorno all'antica legislazione sul proposito.

È da osservarsi che il codice francese avendo stabilito in massima che la riversione si esercita per le *cose donate*, sotto questa denominazione vi andavan comprese le *cose date in dote*, perciocchè secondo quel codice non riconoscevasi l'obbligo di dotare le figliuole, e quindi la dote era un dono (vedi la nota 4, pag. 52). Ma l' art. 194 delle leggi civili avendo stabilito l'obbligo di dotarsi le figliuole, come prescriveva il dritto romano nella l. 19, ff. *de ritu nuptiarum*, e l. ult. C. *de dot. promis.*, poteva nascere la quistione se sotto la donazione *cose donate* andassero comprese *le cose date in dote*. A noi sembra quindi che con le parole, *nelle cose date in dote*, il nostro legislatore non à inteso altro che di estendere alle *doti* il dritto di riversione conceduto *per le cose donate* — Nè ci smuove l' argomento che il padre obbligato a dotare la figlia, l'obbligazione della dote non deve durare che quanto dura la circostanza che la rende necessaria, cioè a dire fino a che sussiste il

35

V. gli art. 663. 664 e 665. rali o bilaterali, per dritto di rappresentazione ed in istirpe.

matrimonio, e la discendenza della figliuola dotata. Imperciocchè, a prescindere che questo argomento sarebbe applicabile al solo caso degli ascendenti obbligati per l' art. 193 a dotare i discendenti, e l'articolo 670 si applica a tutti gli ascendenti anche materni e per legge non obbligati a dotare le figlie; è da notarsi che la dote non deve oggi considerarsi sotto tutte quelle specialità che presso i romani derivavano dalla condizione politica dello stato. La dote si dà alla figlia; essa sola vi acquista un dritto irrevocabile: i discendenti della figlia vi acquistano dritto nella sola qualità di eredi della madre, e quindi nel loro capo cambia la qualità della proprietà. La figlia in una parola può disporre della dote anche durante il matrimonio, art. 1368, 1369, 1370 e 1371.

Dippiù, il legislatore è stato obbligato ad aggiungere che la riversione à luogo anche per le cose *date in dote*, per un altro potente motivo. Secondo la legislazione del digesto, del codice e delle novelle di Giustiniano, la dote non ritornava al padre che quando avea la figlia sotto la di lui potestà. E se la figlia era emancipata, era necessario che il padre nel dotare la figlia avesse espressamente stipulato il ritorno come appare dalla novella 97, cap. 5: Voet, *ad pandectas*, lib. 24, tit. 3, n. 3 — Or che la figlia passando a marito è *ispo jure* emancipata, art. 399, il legislatore con le parole *date in dote* à altresì troncato l'altra quistione che la vecchia giurisprudenza presentava, ed à stabilito espressamente che la dote della figlia emancipata ritorna al padre.

4.° Si dice che, in quanto alle doti, l'art. 670 avendo detto, *per le cose date in dote a' figli E discendenti*, la congiuntiva *E* spiega il pensiero del legislatore di accadere la riversione quando muoia la figlia *e* la sua discendenza. Questa osservazione troppo grammaticale è debolissima, si perchè nelle leggi è frequete lo scambio della congiuntiva con la digiuntiva (e l'art. 667 ne dà un esempio, come si è osservato nella nota 1, pag. 267), sì perchè non si può supporre che il legislatore avesse voluto nello stesso articolo stabilire due sistemi diversi per le donazioni e per le doti.

5.° L'obiezione che si ricava dagli art. 276 e 1044 non è di molta importanza. Nell'art. 276 il legislatore à voluto accordare la riversione delle cose donate dall'adottante all'adottato, laddove costui o i suoi discendenti morissero senza posterità, perchè non essendoci successione reciproca tra l'adottante e l'adottato, non si è voluto privare l'adottante de' beni che avea donato all'adottato, il quale anche quando avesse lasciati figli, sieno morti senza posterità. Ma la riversione nel caso dell'art. 670 nasce da un rapporto di successibilità ch'esiste tra l'ascendente donante e il discendente donatario, e quindi può verificarsi il caso che nella successione del figlio del donatario concorri anche co' collaterali l'ascendente donante, così che non viene a perdere interamente le cose donate.

Ogni argomento poi che si ricava dall'art. 1044, è estraneo alla controversia, poichè la caducità della donazione, di che è la regola nell'art. 1044, nulla à di comune col dritto di ritorno, l'uno riguardando più specialmente i beni futuri, e l'altro i beni presenti. Nel caso dell'art. 1044 il donante riprende le cose donate non a titolo di successione, come nel caso dell'art. 670, e per l'effetto non è tenuto a contribuire a' debiti lasciati dal donatario. Il dritto di riversione quindi essendo ben diverso ne' due casi, il legislatore à potuto attribuir loro effetti diversi.

Da ultimo la successione anomala turba l'ordine naturale delle successioni: dev' essere ristretta ne' casi determinati dalla legge, nè è lecito di estenderla per effetto di analogia.

III.

In quale qualità e con quali condizioni possono gli ascendenti ripigliare le cose da essi donate.

I. Essendo, secondo i principî del codice, la riversione un dritto di successione, ne segue:

1.° Che l'ascendente non può essere ammesso a riprendere le cose da lui donate, se non quando abbia le qualità richieste per essere erede. Può quindi esser dichiarato indegno ne' casi espressi dall'art. 648:

2.° Che acquista *ipso jure* il possesso de' beni donati, art. 645, nè è obbligato a domandarne il rilascio:

3.° Al pari di ogni altro erede, *è tenuto a contribuire al pagamento de' debiti del donatario*, dice espressamente l'art. 670. Le parole segnate non si trovano nel corrispondente art. 747 del codice francese, e gli autori aveano insegnato lo stesso principio per argomento dell'art. 791. L'ascendente adunque può esser tenuto al pagamento de' debiti *ultra vires hereditatis*, se non abbia accettato col beneficio dell' inventario, come insegnano Merlin, rep. v. *reversion*, sez. 2, § 2; Chabot sull'art. 747 (670) n. 15; Toullier, t. 4, n. 216;

SEZIONE V.

Delle successioni che si deferiscono a' collaterali.

672. Al defunto che non abbia lasciato nè prole nè ascendenti, succederan-

---

Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 47; Favard, v. *successions*, sez. 3, § 2, n. 4; Duranton, t. 6, n. 209:

4.° Se l'ascendente riunisca anche la qualità di erede ordinario, e trovasi obbligato a domandare la riserva, per via di riduzione, nelle donazioni fatte dal defunto, è tenuto ad imputare nella riserva i beni ne' quali succede in virtù dell'art. 670, poichè l'erede è tenuto ad imputare nella sua riserva tutto ciò che prende a titolo ereditario: Chabot, ibid. Delvincourt, ibid, nota 52.

II. L'ascendente donante può trovarsi nel caso di concorrere alla successione del donatario con altri parenti: per esempio, il padre à dotato la figlia, la quale morendo senza figli, lascia anche la madre, fratelli e sorelle, art. 671. In questo caso l'ascendente donante comincia dal prelevare tutte le cose da lui donate, nelle quali *succede ad esclusione di ogni altro*, dopo di che prende la porzione che gli è assegnata dalla legge su' rimanenti beni. Chabot, su d. art., n. 16. Toullier, t. 4, n. 238.

Ma nel proposto caso di trovarsi l'ascendente donante anche erede ordinario del donatario, può accettare la sola successione privilegiata de' beni donati, rinunciando alla successione ordinaria? Pothier, *de succ.* cap. 2, sez. 2, art. 3, § 2 insegnò la negativa, e questa dottrina è stata seguita da Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 47, per la massima *hereditas pro parte adquiri nequit*. Ma si risponde al motivo dell'opinione di Delvincourt, che la regola invocata non è applicabile che al caso in cui si tratti della medesima successione, e qui in qualche modo ve ne sono due, perchè gli eredi non sono necessariamente gli stessi: così insegnano con ragione Merlin, rep. v. *reversion*, § 2. Chabot sull'art. 747 (670) n. 16; Favard, sez. 3, § 2, n. 5; Duranton, t. 6, n. 210; Toullier, t. 4, n. 237: quest' ultimo scrittore avverte con ragione, che la quistione è senza utilità nella pratica, perciocchè l'ascendente essendo tenuto a contribuire al pagamento de' debiti *pro modo emolumenti*, accetterà o ripudierà entrambe le successioni per lo stesso motivo; nulladimeno l'attaccamento alle cose donate ed il desiderio di conservarle, possono determinare l'ascendente ad esercitare il dritto di riversione, rinunciando alla successione ordinaria. In fine avverte lo stesso scrittore, che l'ascendente donante deve avere tutta la cura allorchè reclama la riversione, a dichiarare formalmente che non intende affatto prendere parte nella successione ordinaria: nel dubbio, accettando o ripudiando una delle successioni, si reputa di aver accettato o ripudiato l'altra.

III. La successione dell'ascendente sulle cose donate essendo esclusiva, potrebbe presentarsi la quistione, se i beni donati sieno sottoposti alla riserva legale che un ascendente più prossimo à dritto di chiedere nella successione del donatario. Può dirsi per l'affermativa, che la riserva si prende su tutt' i beni del defunto, art. 839, e quindi la successione anomala e regolare fanno una massa dell'eredità: che se il donatario avesse disposto de' beni, il donante non potrebbe reclamarli; vie maggiormente se ne dispone la legge per più sacri motivi. Malgrado questi argomenti, la negativa viene insegnata dagli autori per gravi motivi: 1.° Il testo dell'art. 670 che chiama gli ascendenti donanti *ad esclusione di ogni altro*, non potrebbe conciliarsi con la supposizione di una riserva che potesse essere presa da un altro ascendente su' beni donati, e che benespesso potrebbe assorbire per intero questi beni; 2.° l' art. 839 determina la formazione della massa della successione deferita agli stessi eredi e per lo stesso titolo, ma la successione anomala non deferendosi agli stessi eredi e per lo stesso titolo, non può nella formazione della massa a' termini dell'art. 839 comprendere i beni che ne sono eccettuati dall'670; 3.° La riserva è un dritto privilegiato, ma il dritto del donante è anche un privilegio, il quale immediatamente grava su le cose donate, e la sua causa è più favorevole di quella degli eredi. Il dritto di riserva è puramente lucrativo; il dritto di riversione non è che una restituzione di proprietà. Chabot sull'art. 747 (670), n. 17; Pandette francesi, sullo stesso art.; Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 51; Favard, v. *successions*, sez. 3, § 2, n. 3. Toullier, t. 5, n. 129, Duranton, t. 6, n. 229.

IV

Delle cose che van soggette o pur no alla riversione legale.

I. Una delle condizioni del dritto di riversione è che « gli oggetti donati si trovino *in* » *ispecie* nell' eredità ». Non può dunque l' ascendente esercitare il dritto di riversione,

no i fratelli e le sorelle, ed i discendenti de' fratelli e delle sorelle premorte;

---

quando le cose donate non si trovino più nella successione del donatario. Il legislatore non à voluto sottrarre le cose alienate alla circolazione, e non à voluto renderne l'alienazione e gli obblighi risolutivi, come nel caso di riversione convenzionale, art. 877.

Quindi l'alienazione a titolo oneroso o la donazione tra vivi toglie ogni azione all'ascendente donante: gli autori non mettono in controversia siffatto principio. In quanto alle disposizioni testamentarie, prima del codice facevasi quistione, se il testamento fosse di ostacolo al dritto di riversione: vedine la discussione in Domat, parte 2, lib. 2, tit. 3, sez. 3, osservazioni al n. 5. Ma ora che il donatario acquista la piena proprietà delle cose donate, e che può alienarle a suo talento, può benissimo disporre de' beni con testamento, anche perchè il legatario acquistando la proprietà della cosa legata fin dal momento della morte del testatore, le cose donante non si trovano più nella successione del donatario. Chabot, sull'art. 747 (670) n. 20: Toullier, t. 4, n. 234: Merlin, rep. v. *reversion*, sez. I. § 2, art. 2; Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 48; Grenier, *donations*; Duranton, t. 6, n. 228: arresto della Cass. di Parigi del 17 dicembre 1812, Sirey 1813-1-409; Arresto del 16 marzo 1830: decisione della Corte di Riom de' 12 Febbraio 1824; Montplier, 31 maggio 1825; Besançon, 30 Luglio 1828; Grenoble 8 Aprile 1829; Bordeaux 15 aprile 1831, in Sirey, *table trigennelle*. *Contra*, Benoit, t. 2, n. 107, e decisioni della Corte di Agen de' 13 marzo 1817 e 11 dicembre 1827.

II. Si è promossa tra gli autori la quistione, se alienati i beni dal donatario, ed indi fossero rientrati nel costui patrimonio mediante ricompra, o disposizione gratuita dell'acquirente, possa l'ascendente esercitare il dritto di riversione. Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 54, Toullier, t. 4, n. 233, Duranton, t. 6, n. 233, Benoit, t. 2, n. 108 sono per l'affermativa, pel motivo che l'art. 670 fa dipendere il dritto di riversione dalla sola condizione che gli oggetti donati si trovino *in ispecie* nella successione del donatario. È preferibile l'opinione contraria di Merlin, rep., v. *reversion*, sez. 2, § 2, e di Chabot, sull'art. 747, n. 21, pel motivo che il donatario avendo alienato ed indi acquistato di bel nuovo i beni che l'ascendente gli avea donati, non li à più per lo stesso titolo e con la stessa qualità: *mutatione personae, mutatur qualitas et conditio rei*. Ammettere quindi la riversione, sarebbe ammetterla non sopra i *beni donati*, come vuole la legge, ma sopra i beni che aveano perduta la qualità di beni donati. Ed aggiunge Dalloz, v. *successions*, cap. 3; sez. 4, art. 2, n. 19, che se il discendente avesse disposto de' beni a favore di un altro ascendente, e questi gl e li avesse ridonati, quale de' due ascendenti avrebbe dritto a succedervi? Il secondo senza dubbio, perchè senza la sua liberalità i beni non sarebbero entrati nella successione. Se dunque in questo caso devesi rientrare alla immediata causa della proprietà, perchè la stessa regola sarebbe senza influenza negli altri casi?

Si conviene poi da molti autori, che se le cose donate fossero state permutate, l'ascendente succederebbe alla cosa data in permuta. La ragione si è, che quando trattasi di universalità di beni e di dritti universali, la surrogazione si fa indistintamente ed à sempre luogo di pieno dritto; nelle cose particolari per lo contrario, la surrogazione à luogo soltanto ne' casi espressi dalla legge, art. 1372, o dalla convenzione, art. 1203; *quid expresse dictum, quid conventum*; Merlin, rep., v. *surrogation des choses*, sez. 2, § 1 e 2. Questa dottrina professata da tutti gli autori, prende origine, come è osservato da Bartolo, nelle l. 70, § *cum autem*, e l. 71 e 72 ff. *de legatis*, 2., ed il codice ne dà un esempio nell'art. 138. Chabot, ibid., n. 22; Merlin, rep. v., *reversion*, sez. 2, § 2; Maleville sull'art. 747; Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 54; Duranton, t. 6, n. 233. *Contra*, Benoit, t. 2, n. 109 in fine.

III. Le parole dell'art., che la riversione si esercita quando *le cose si trovino in ispecie nell'eredità*, àn imbarazzato gli autori a risolvere la quistione, se essendo stata donata una somma senza designazione di monete, e l'eredità comprende una quantità uguale o maggiore di numerario, l'ascendente ricupererà ciò di cui avea disposto a favore del donatario. Per l'affermativa si dice, che se il danaro trovato nella successione del donatario non è lo stesso del danaro donato, è pur vero che nelle cose fungibili, o *quae in numero, pondere mensurave constant*, si deve soltanto considerare il valore e non i corpi specifici. Sarebbe lo stesso, secondo i medesimi autori, se fossero state donate obbligazioni, biglietti ed effetti pubblici, e si trovasse nell'eredità il solo numerario, o se fosse stato donato numerario, e si trovassero soltanto obbligazioni, biglietti ed effetti pubblici; e ne danno per ragione che il possessore del titolo è riputato avere il danaro in ispecie secondo la l. 143, ff. *de V. S.*, *quis habere videtur de quo habet actionem, habetur enim quod peti potest*. È questa l'opinione di Chabot, ibid., n. 22; Maleville sull'art. 747 (670); Toullier, t. 4, n. 244 e 245; Pandect. franc. t. 3, p. 73; Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 53; Favard, rep. v. *successions*, sez. 3, § 2, n. 11, ed in questo senso decise la Cass. di Parigi con arresto del dì 30 Giugno 1817, in Sirey, 1817, l. 313—Duranton, t. 6, n. 234

i primi in capi; i secondi in istirpi, o sia per dritto di rappresentazione (1) V. gli art. 663, 664 e 665.

a 239 combatte per altro, e forse non con molto successo questo sistema, e si limita ad accordare ne' proposti casi la riversione solo quando, donata una somma, sia stata questa impiegata all'istante medesimo, o almeno che i danari non siano stati confusi con quelli del donatario, ed essi sieno dovuti ancora dal mutuatario nel tempo che si apre la successione; ed altri casi analoghi in cui fosse dimostrato di non esservi stata confusione. Il sistema di Duranton tende a rendere illusorio il dritto dell'ascendente, o almeno difficile a verificarsi, perciocchè usando il donatario del danaro o degli effetti mobili, non si trovano giammai gli oggetti identici che gli erano stati donati.

IV. Fin qui del dritto dell'ascendente sulle cose che si trovano *in ispecie* nella successione del donatario. Ma se queste cose si trovano alienate, l'art 670 soggiunge che, *gli ascendenti riscuoteranno il prezzo che potrebbe tuttora esserne dovuto. Succederanno inoltre all' azione che il donatario avrebbe potuto sperimentare per ricuperarle.* Ciò è una conseguenza degli assiomi, *pretium succedit loco rei*; *qui actionem habet ad rem ricuperandam, ipsam rem habere videtur*, l. 15. ff. *de R. J.* E qui è da notarsi che sotto il nome di *azione di ricuperazione*, l'art. 670 non intende soltanto la ripetizione della dote, com' è autorizzata ne' casi preveduti dagli art. 1372, 1377 a 1383. Questa generica denominazione comprende le azioni per ricompra, per rescissione per viltà di prezzo o non pagamento, per vizio di forma, errore, dolo, ed anche per rivocazione di donazione per inadempimento de' patti, o per ingratitudine. Chabot, ibid., n. 24. Toullier, t. 4, n. 230. Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 55. Duranton, t. 6, n. 242 a 244.

V. L'ascendente nel ripigliare gl' immobili profitta delle accessioni *naturali*, le quali non provengono dal fatto del donatario, ma sono attaccate al fondo per sola volontà della legge, art. 471, 481, 482, 484 a 489.

Del pari l'ascendente non può pretendere alcuna indennità per le deteriorazioni che il donatario avesse commesso su' beni donati, perciocchè il donatario avendo avuto la piena proprietà, potette usarne ed abusarne. Su questo punto convengono tutti gli autori — Ma nel caso inverso, gli eredi ordinari del donatario potrebbero domandare all'ascendente donante che succede a' beni da lui donati, il compenso de' miglioramenti fatti dal donatario, e delle spese utili o necessarie che ànno aumentato il valore del fondo? Toullier, t. 4, n. 232, e Benoit, t. 2, n. 114 sostengono la negativa per due ragioni: 1.° che gli eredi del donatario non dovendo all'ascendente alcun compenso per le deteriorazioni fatte dal donatario sul fondo donato, per identità di ragione essi non possono domandarne pe' miglioramenti; 2.° che gli art. 780, 781 e 782 non sieno applicabili alla specie, non trattandosi nè di collazione, nè di uguaglianza da serbare fra l'ascendente donante e gli eredi ordinari del donatario.—Chabot, sull'art. 747 (670) n. 24, sostiene con miglior fondamento l'opinione contraria, pel motivo che profittando l'ascendente de' miglioramenti verrebbe ad arricchirsi a spese del donatario e de' suoi eredi. Ed aggiunge Duranton, t. 6, n. 246, che anche l'immesso in possesso definitivo dovendo restituire i beni all'assente che ritorna, à dritto di ripetere i miglioramenti, quantunque per l'art. 138 non è obbligato ad indennizzare l'assente delle deteriorazioni, perchè riprende le cose nello *stato in cui si trovano*: la stessa regola vale nel caso in disamina.

(1) Per ben penetrare nello spirito delle disposizioni concernenti l'ordine delle successioni in linea collaterale, conviene coordinarle con le antiche, massime per comprendere come il privilegio del *doppio vincolo* sia interamente sparito per effetto delle nuove legge.

I. Si è di già osservato nella nota 2, pag., 267, che la novella 118 preferiva gli ascendenti a' collaterali. Eccettuava solamente i fratelli germani che concorrevano soli con gli ascendenti e dividevano con essi la successione per capi; e la novella 127 accordava il medesimo dritto a' figli del fratello germano.

Nell' inesistenza di discendenti e di ascendenti, i collaterali erano chiamati nell' ordine seguente:

1.° I fratelli e le sorelle germane e loro figli escludevano tutti gli altri collaterali: essi succedevano per capi, e i loro figli per *istirpe*. Per le quistioni che presentavano le novelle in quanto alla rappresentazione de' figli de' fratelli e delle sorelle, vedi la nota 3, pag. 263.

2.° In mancanza di fratelli e sorelle germane, o de' figli nati da' germani, i fratelli e le sorelle unilaterali, consanguinei o uterini, succedevano nello stesso ordine e con gli stessi dritti de' germani e de' loro discendenti. Ben vero la pratica del foro consacrò la regola che i fratelli consanguinei dovessero prendere parte solamente nella linea paterna ed i fratelli uterini nella linea materna.

3.° In mancanza di fratelli o di loro discendenti, la eredità era devoluta agli altri collaterali, senza distinzione di sesso o di origine. Il più prossimo escludeva il più rimoto: che perciò deesi convenire che il *doppio vincolo* non avea luogo quando trattavasi della succes-

673. In mancanza di figli e di discendenti, di ascendenti, di fratelli e di sorelle, e de' loro discendenti, la successione apparterrà agli zii ed alle zie, e quindi al collaterale più prossimo, in qualunque linea si trovino.

Nondimeno la successione tra collaterali non si estenderà oltre del dodicesimo grado.

---

sione di una persona la quale non avea lasciato più prossimi parenti che un zio congiunto da un lato, e cugini germani che gli erano congiunti da due lati. Tutta la successione dovea appartenere allo zio del defunto, il quale era in un grado più prossimo che i cugini germani.

Giustiniano adunque fu l'autore delle leggi sul *doppio vincolo*, e questa è stata una ricerca assai grave: merita di esser letto l'articolo *double lien* del sig. Garand de Coulon, inserito nel repertorio di Merlin.

II. La legittima successione de' collaterali nelle province del regno era regolata secondo il dritto di Giustiniano. Ma nel distretto di Napoli tre cose singolari erano stabilite per le consuetudini: 1.° la distinzione de' beni; 2.° la subingressione, ossia il dritto di rappresentazione ne' figli del fratello: 3.° la prelazione de' maschi alle femmine: Consuetud. *si quis vel si qua; Sed si morienti*, e *Quod autem dictum*, titolo *de successione ab intestato.*

In quanto alla distinzione de' beni, qualora al defunto non sopravviveva il padre nè la madre, gli succedevano i fratelli germani, i consanguinei ed i fratelli uterini: i germani ed i consanguinei ne' beni paterni; gli stessi fratelli germani e gli uterini, ne' beni materni: detta consuetud. *si quis vel si qua*, ed ivi Napodano, n. 241, de Franchis, decis. 99—A norma della detta consuetudine si accordava il dritto di rappresentazione a' discendenti del fratello, nel modo indicato nella nota 3, pag. 263.

Aspirando alla successione del collaterale congiunti in grado ulteriore, doveano essere ammessi i più prossimi della linea donde provennero i beni al defunto, poichè era maggiore la prerogativa che nasceva dalla provvenienza de' beni, che quella de' gradi: Napodano sulla consuetudine *si quis vel si qua*, n. 56 a 58—Doveasi però attendere la prossima origine de' beni, non già la rimota. Era però una delle più difficili controversie del dritto consuetudinario, se per duplice mutazione di mano, cangiava la natura de' beni: così se Tizio avea raccolto l'eredità della madre, nella quale eran compresi beni che il padre di Tizio avea donati o legati alla moglie; questi beni, morto Tizio, erano materni o pure paterni? Carlantonio de Luca, nelle osservazioni alla decisione 696 di de Franchis riferisce tutte le opinioni de' dottori su questa controversia, ed una decisione del Sacro Consiglio del dì 14 genanjo 1667, che giudicò cangiarsi la natura de' beni per duplice mutazione di mano.

In quanto alla prelazione de' maschi alle femmine, era stabilito dalle consuetudini che le femmine erano perpetuamente escluse da' maschi: così il fratello escludeva la sorella, ancorchè la sorella fosse stata congiunta al defunto con doppio vincolo, ed il fratello fosse solo consanguineo: de Franchis, decis. 87, n. 1, e dec. 414. Lo stesso dicasi se nella successione concorrevano cugini, poichè secondo le consuetudini sotto nome di fratelli s'intendevano non solo quei ch' erano in secondo grado, ma anche i naturali ed i consobrini; Napodano su d. consuetudine, n. 270.

Deve però avvertirsi, che le femmine erano esluse da' maschi, purchè non erano *masculiate*, avendo i maschi dalla consuetudine l'obbligo di dar loro il paraggio: così che trovandosi *masculiate*, succedevano insieme co' maschi, e trovandosi premorte, succedevano i loro figli rappresentando il grado delle medesime: vedi la nota 1, pag. 265 e 265.

Sicchè il privilegio del doppio vincolo era anche riconosciuto dal dritto consuetudinario.

III. Il codice francese, in ordine alla successione de' collaterali avea stabilito così, negli art. 748 a 755.

748. Quando il padre o la madre sono sopravvissuti alla persona morta senza prole, se questa ha lasciato fratelli, o sorelle, o loro discendenti, l'eredità si divide in due porzioni eguali, di cui soltanto una metà si deferisce al padre e alla madre, che la dividono tra loro egualmente.

L'altra metà appartiene ai fratelli, sorelle o loro discendenti, come verrà spiegato (negli art. 250 a 257).

749. Nel caso in cui la persona morta senza prole abbia lasciato fratelli, sorelle o loro discendenti, se è premorto il padre, o la madre, la porzione che gli sarebbe stata devoluta in conformità del precedente articolo, si riunisce alla metà deferita ai fratelli, sorelle o loro rappresentanti.

750. In caso di premorienza del padre e della madre d'una persona che muoja senza prole, i suoi fratelli, sorelle, o loro discendenti sono chiamati alla successione, ad esclusione degli ascendenti e degli altri collaterali.

CAPITOLO IV.

Delle successioni irregolari.

SEZIONE I.

De' dritti de' figli naturali su' beni de' loro genitori, e delle successioni a' figli naturali morti senza prole.

674. I figli naturali (1) succedono alla madre (2).

Succedono, o per proprio diritto, o per quello di rappresentazione, come fu disposto nella sezione seconda del presente capo (vedi la nota 3, pag. 263.)

751. Se il padre e la madre della persona morta senza prole sono sopravvissuti, i suoi fratelli, sorelle o loro rappresentanti non sono chiamati che alla metà dell'eredità. Se è sopravvissuto soltanto il padre o la madre, sono chiamati a conseguirne tre quarti.

752. La divisione della metà o de' tre quarti devoluti a' fratelli o sorelle a norma dell'articolo precedente, si eseguisce tra loro in eguali porzioni, quando derivano tutti dal medesimo matrimonio; se provengono da matrimoni diversi, la divisione si fa per metà tra le due linee paterna e materna del defunto; i germani prendono parte nelle due linee e gli uterini ed i consanguinei ciascuno soltanto nella propria linea: se non vi sono fratelli o sorelle che da un lato, succedono nella totalità, ad esclusione di qualunque altro parente dell'altra linea.

753. In mancanza di fratello o sorella o discendenti da essi, ed in mancanza di ascendenti nell'una o nell'altra linea, l'eredità è deferita per metà agli ascendenti superstiti; e per l'altra metà ai parenti più prossimi dell'altra linea.

Quando vi concorrono parenti collaterali nel medesimo grado, la divisione si fa per capi.

754. Nel caso dell'articolo precedente, il padre o la madre superstite ha l'usufrutto della terza parte de' beni a cui non succede in proprietà.

755. Non ha luogo la successione de' parenti oltre il duodecimo grado.

In mancanza di parenti in grado successibile in una linea, i parenti dell' altra linea succederanno nell'intera eredità.

Il codice francese adunque non riconosceva il privilegio del doppio vincolo, come il dritto di Giustiniano, ma non l'abbrogò interamente in conseguenza della regola delle divisioni delle linee. Vedi la nota 2, pag. 259.

IV. La legge del 26 Gennaio 1816 stabiliva con gli art. 20 a 25 quanto segue:

Art. 20. Il padre e la madre, o quello tra' essi che si troverà superstite, ed in mancanza di entrambi l' ascendente più prossimo concorrerà co' fratelli e colle sorelle germane del defunto: i genitori, gli ascendenti, i fratelli e le sorelle in capi, ed a porzioni eguali: i figli de' fratelli e delle sorelle per dritto di rappresentazione ed in istirpi.

Art. 21. Gli ascendenti escluderanno I FRATELLI E SORELLE UNILATERALI *del defunto ed i loro figli.*

Art. 22. Al defunto che non abbia lasciato nè prole nè ascendenti, succederanno i fratelli e le sorelle germane, ed i figli de' fratelli e delle sorelle germane premorte; i primi in capi; i secondi per istirpi o per dritto di rappresentazione.

Art. 23. I FRATELLI E SORELLE UNILATERALI, *ed i figli de' fratelli e delle sorelle premorte, saranno ammessi alla successione in mancanza de' fratelli e delle sorelle germane e de' figli di costoro. Pe' figli de' fratelli e delle sorelle* UNILATERALI *premorte avrà luogo il dritto di rappresentazione.*

Art. 24. Oltre a' figli de' fratelli, la circostanza DEL DOPPIO VINCOLO *non darà dritto alcuno.*

Art. 25. (Uniforme all'art. 673 delle leggi civili).

Sicchè la legge de' 26 gennaio 1816 riconosceva il privilegio del doppio vincolo.

V. Le leggi civili ànno abrogato interamente *il privilegio del doppio vincolo*, tanto se i fratelli e sorelle del defunto concorrono cogli ascendenti, quanto se concorrono soli: tanto risulta dal complesso degli art. 671, 772 e 673.

(1) Propriamente detti, e non già quelli nati da condannate unioni: art. 258, 264, 265, 678.

(2) Gli art. 756 a 758 del codice francese, in quanto alla successione de' figli naturali stabilivano: 1.° Che i figli naturali *non sono eredi*; 2.° Richiedevano il riconoscimento sì per la successione del padre che per quella della madre; 3. Limitavano il dritto de' figli su' beni del padre e della madre ad un terzo della porzione ereditaria che avrebbe conseguito

V. gli art. 257, 260 e 263.

Non succederanno al padre, se non sieno stati legalmente riconosciuti, ed in que'casi ne'quali è per legge ammessa la pruova della paternità (1).

Essi succedono nella metà della porzione che loro sarebbe spettata, se fossero stati legittimi, quando il padre abbia lasciato figli, o discendenti, o ascendenti legittimi. Ne conseguiranno due terzi, quando esistano congiunti collaterali in gradi successibili. Saranno ammessi alla totalità, quando questi non esistano.

675. Nel caso di premorienza de'figli naturali, i figli e discendenti de'medesimi potranno rappresentarne i dritti stabiliti nello articolo precedente (2).

---

se fosse stato legittimo; alla metà, se il padre o la madre avesse lasciato ascendenti, o fratelli e sorelle; a tre quarti, se non avesse lasciato nè discendenti, nè ascendenti, nè collaterali in secondo grado; 4.° accordò loro la totalità, quante volte il padre o la madre non avessero lasciato parenti in grado successibile—Questo stesso sistema fu ritenuto con l'art. 26 della legge de'26 gennaio 1816.

Le leggi civili ànno apportato gravi modificazioni sul dritto successorio de'figli naturali. Fermiamoci ad esaminare le disposizioni che riguardano il dritto del figlio naturale sulla successione della madre:

1.° Si è con ragione soppressa la frase che *i figli naturali non sono eredi*, frase che avea suscitato tra i giureconsulti francesi gravi controversie. In realtà i figli naturali sono veri eredi, poichè ne ànno tutt'i dritti e tutte le obbligazioni; e soltanto sono per l'art. 645 obbligati a domandare l'immissione in possesso, quantunque noi siamo di avviso che questa disposizione dovesse limitarsi alla sola successione del padre naturale: vedi la nota 3, pag. 249.

2.° Il codice francese e la legge de'26 gennajo 1816 richiedevano che il figlio fosse stato riconosciuto dalla madre naturale, per poter essere ammesso alla costei successione. Oggi l'art. 674 non esige il riconoscimento e con ragione, perciocchè essendo ammesse le indagini della maternità, art. 264, il riconoscimento sarebbe inutile.

3.° Il codice francese limitava il dritto del figlio sulla successione materna nel modo di sopra esposto. Con le parole del nostro art., *i figli naturali succedono alla madre*, il legislatore à voluto dare a'figli naturali nella successione materna, la quota eguale in concorso co'figli legittimi, ed in loro mancanza, tutta la successione. Si è voluto far ritorno al dritto romano, l. 2, ff. *unde cognati*, che secondo l'opinione di Napodano nella consuetudine *si quis, vel si qua*, n. 25 dovea osservarsi nel regno, nulla avendo disposto la consuetudine pe'figli naturali; e la dottrina di Napodano (quantunque Molfesio, p. 4, *quaest.* 43, n. 3 fosse di opinione contraria) era seguita da'tribunali, che ammettevano alla successione della madre i figli naturali, escludendo anche gli ascendenti, come attestano de Marinis, *resol.*, 322, e de Franchis dec. 47 e 640. E la nostra interpetrazione riceve altresì sviluppamento dalla seconda parte dell'art. con la quale si limita il dritto del figlio naturale nella successione *del padre*, mentre l'art. corrispondente 757 del codice francese diceva *del padre o della madre*. Toglie ogni controversia l'art. 824 il quale prescrive che i figli naturali non possono ricevere cosa alcuna *dal padre* per donazione tra vivi o testamento, più di quello ch'è stabilito nel titolo delle successioni. Le parole *dal padre* non si leggono nell'art. 908 del codice francese che avea fissato la stessa regola per la successione de'figli naturali nei beni del padre e della madre. Per il che è chiara la conseguenza, che l'art. 824 avendo vietato *al padre* di donare al figlio naturale più di quello ch'è stabilito nell'art. 674, non à esteso lo stesso divieto alla madre, appunto perchè nella costei successione il figlio à dritto per l'intero.

(1) Con le parole, *ed in que'casi ne'quali è ammessa per legge la pruova della paternità*, aggiunte nel nostro art., si è troncata la controversia promossa da'giureconsulti francesi, se il riconoscimento forzato, a'termini dell'art. 263, dava dritto di successione al figlio.

(2) Si è dubitato da'giureconsulti francesi, se la disposizione di questo articolo comprendesse la posterità naturale. Maleville, sull'art. 759 (675), gli autori delle pandette francesi t. 3, p. 116, Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 69 Favard, rep. v. *successions*, sez. 4, §1, nota 15 sono di opinione, sebbene con qualche diversità di principî, che i discendenti naturali del figlio naturale raccolgono ciò che sarebbe spettato al loro padre. Chabot sull'istesso art. n. 1 e 2, Toullier, t. 4, n. 259 sono di parere che i soli discendenti legittimi del figlio naturale possono venire in luogo del padre naturale, e non già i discendenti naturali, i quali non ànno alcun dritto sulla successione de'beni de'congiunti de'loro genitori, art. 677. Duranton, t. 6, n. 295 espone dubitativamente la sua opinione, ma inclina per l'opinione di Maleville.

676. Il figlio naturale o i suoi discendenti saranno tenuti ad imputare (1) nella porzione loro dovuta tutto ciò che avessero ricevuto dal padre (2) o dalla madre (3), e che sia soggetto a collazione, secondo le regole stabilite nella sezione II capitolo VI di questo titolo.

677. I figli naturali, ancorchè riconosciuti, non avranno alcun diritto su' beni de' congiunti del padre o della madre loro. V. l' art. 259.

A noi pare che secondo i principi delle nostre leggi civili, i discendenti naturali del figlio naturale non possono rappresentare il loro padre nella successione de' genitori di costui, per due ragioni:

1. L'art. 675 accordando il dritto di successione a titolo di rappresentazione *a' figli e discendenti* del figlio naturale, per le regole del dritto non s'intendono per *figli* se non quelli che sono legittimi, e non si dà questo nome a' bastardi, se non aggiungendovi qualch' espressione, come quella di figli *naturali*, o altra che distingue la loro condizione da quella de' figli legittimi; art. 158, 160, 173, 253, 257, 258, 260, 310, 677, 680, 681, 685, 688 e 824: Domat, parte 2, lib. 2, tit. 1, sez. 1, n. 4.

2. L'art. 759 del codice francese diceva così: » in caso di premorienza del figlio naturale, i suoi figli o discendenti *possono reclamare* i dritti stabiliti nell'art. precedente » Le parole *possono reclamare* si prestavano all' una ed all'altra interpetrazione, e furono adoperate perchè erasi stabilito in principio che *i figli naturali non eran eredi*. Ma per le nostre leggi essendo i figli naturali *eredi*, si sono sostituite nell'art. 675 alle parole *possono reclamare*, le altre *potranno rappresentare*. Essendo adunque chiamati i figli del figlio naturale *per dritto di rappresentazione*, non possono essere che i figli *legittimi* del figlio naturale, perciocchè il dritto di rappresentazione è un legame civile che esiste tra il rappresentato e 'l rappresentante. Inoltre il figlio del figlio naturale premorto non prende il posto del padre come suo *erede*, perchè essendo chiamato per dritto di rappresentazione, non è necessario esser erede del rappresentato, art. 666; ed in conseguenza la rappresentazione essendo un dritto che viene dalla legge (vedi la nota 1, pag. 261), il rappresentante non può avere qualità a prendere il posto del padre che quando è figlio legittimo. Da ultimo, se i figli naturali del figlio naturale potessero succedere in luogo del padre, ne seguirebbe l'assurdo che questo dritto di successione essendo a titolo di rappresentazione per verificarsi il quale vi dev'essere un rapporto di parentela tra il rappresentante e colui della cui successione si tratta, il figlio naturale verrebbe a succedere a' congiunti del padre naturale; ciò ch'è vietato dagli art. 259 e 677.

(1) I figli naturali sono tenuti ad *imputare* e non a *collazionare*. La imputazione e la collazione sono due cose distinte e che producono effetti diversi. L'imputazione si fa sulla quota appartenente nella successione a colui che à ricevuto, ossia si deduce anticipatamente dalla quota spettante al figlio naturale ciò che à ricevuto direttamente o indirettamente. La collazione al contrario importa l'obbligo di conferire nella massa ed in natura i beni ricevuti. Dal che segue, che l' imputazione è meno favorevole a colui che à ricevuto, di quel che sia la collazione. Supponiamo, per esempio, che un figlio naturale abbia ricevuto dal padre ducati 1000, e concorra alla successione nella quale si trovino 12000 ducati, con un figlio legittimo. Dovendo il figlio naturale raccogliere il quarto, la sua quota sarà di duc. 3000; e poichè deve imputare i ducati 1000, non potrà reclamare che duc. 2000. Per lo contrario, se il figlio naturale dovesse collazionare i duc. 1000, la successione ascenderebbe a ducati 13000: la quarta parte di questa somma sarebbe di ducati 3250, de' quali deducendo ducati 1000, potrebbe reclamare ducati 2250. Egli avrebbe dunque 250 ducati di più col conferire, che coll'imputare. Bisogna convenire che questo sistema è ingiusto, come à osservato Chabot sull'art. 766 (676), n. 2, poichè se la disposizione dell' art. à per oggetto d'impedire che il figlio naturale ricevesse più di quello ch'è stabilito nell'art. 674, con l'obbligo della imputazione riceve meno della quota fissata dallo stesso art. 674.

(2) Per la ragione che non possono per l'articolo 824 ricevere indirettamente più di quello che loro assegna l'art. 674 nella successione del padre naturale.

(3) *O dalla madre*. Pel codice francese il figlio naturale era obbligato ad imputare nella successione della madre ciò che avea precedentemente ricevuto, e questa disposizione si coordinava al principio che anche nella successione della madre, la quota del figlio era limitata. Ma ora che per l'art. 674 il figlio naturale succede per intero alla successione della madre (vedi la nota 2, pag. 279 e 280), non vi è ragione ad obbligarlo alla imputazione, anche perchè l'art. 824 dispone che i figli naturali non possono ricevere *dal padre* più di quello che è fissato nella seconda parte dell'art. 674. In conseguenza le parole, *o dalla madre*, doveano cancellarsi, e si trovano in una ributtante antinomia cogli art. 674 e 824. E come è regola di dritto che quando la lettera della legge trovasi in manifesta opposizione colla volontà de' legislatore, bisogna attenersi allo spirito della legge anzi che alla letterale

V. l'art 258. 678. I figli adulterini, gl'incestuosi ed altri nati da condannate unioni, non avranno diritto che a'soli alimenti (1).

679. Questi alimenti saranno fissati in proporzione delle facoltà del padre o della madre, del numero e della qualità degli eredi legittimi.

Essi non potranno promuovere alcuna pretensione sulla eredità de' loro genitori, quando il padre o la madre avessero fatto loro apprendere un'arte meccanica; o uno di essi, mentre vivea, avesse loro assicurato in qualunque modo gli alimenti.

680. L'eredità del figlio naturale morto senza prole (2) si deferirà alla madre ed al padre (3), qualora questi lo abbia riconosciuto (4).

681. In caso che premorissero il padre e la madre del figlio naturale, i beni che questi ne avesse ricevuto, passeranno a'fratelli ed alle sorelle legittime (5) e loro discendenti (6), quando tali beni si trovino in ispecie (7) nella di lui eredità (8). Le azioni per ricuperarli, se ve ne sono, o il prezzo de' beni alienati, che non fosse stato pagato, spetteranno similmente a' medesimi. In tutti gli altri beni succederanno i fratelli e le sorelle naturali (9), o i loro discendenti (10).

---

disposizione (l. 18, ff. *de leg.*; l. 13, ff. *de excus. tut.*; art. 1109), così noi siamo di avviso che il figlio naturale non deve imputare ciò che à ricevuto nella successione della madre, malgrado che la lettera dell'art. 676 prescrivesse il contrario. Deve bensì collazionare, come ogni altro erede, ciò che à ricevuto per donazione tra vivi sì direttamente, che indirettamente, a meno che la donazione non gli sia stata fatta con dispensa dalla collazione, art. 762.

(1) Laddove avesse il padre disposto de'beni con testamento, lasciando un legatario universale o a titolo universale dell' usufrutto, da costui deve il figlio nato da condannate unioni ripetere gli alimenti; arg. dell'art. 535. Proudhon, *de l'usufruit*, n. 1818 e 1819.

(2) Legittima o naturale; che anzi questa parola *prole* si riferisce di proposito alla prole naturale, mentre non cade dubbio che la prole legittima esclude anche il padre o la madre legittima, giusta gli art. 667 e 668. È questa l'interpetrazione data da Chabot, sull' art. 765 (680) n. 3, Maleville su d. art. e Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 83—Per altro gli autori delle pandette francesi, t. 2, p. 125, e Duranton, t. 6, n. 336 opinano che i figli naturali del figlio naturale succedono nella quota fissata dall'art. 758 (674), ed il dippiù cede a vantaggio del genitore naturale. Quest' ultima opinione presso di noi non può adottarsi in quanto alla successione della madre naturale, i cui figli naturali escludono anche gli ascendenti legittimi della madre naturale; ed in quanto alla successione del padre naturale, i figli naturali gli succedono nell'intero escludendo il padre naturale del loro padre naturale, perciocchè l'art. 674 regola le relazioni del figlio naturale co'parenti legittimi, e limita la quota del figlio naturale quando il padre lascia ascendenti *legittimi, e congiunti in grado successibile*. Se quindi il padre naturale lascia figli naturali ed un padre *naturale*, i primi debbono raccogliere tutta l'eredità.

(3) Gli altri ascendenti non possono vantare dritti sulla di lui eredità; argomento dell'art. 677.

(4) Il riconoscimento è richiesto pel solo padre naturale e non già per la madre, potendosi per l' art. 264 indagare la maternità.

(5) Fratelli e sorelle legittime s'intendono quì i figli legittimi sia del padre sia della madre del figlio naturale, della cui successione si tratta.

(6) Questa frase *e loro discendenti* manca nel corrispondente art. 766 del codice francese, e Grenier da questo silenzio avea opinato che i discendenti de' fratelli e sorelle legittime non fossero compresi nella disposizione dell'articolo. Chabot su detto art., n. 5, Toullier, t. 4, n. 269 e Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 85, aveano sostenuto il contrario, e la loro opinione è stata sublimata in legge dal nostro articolo.

(7) Vedi la nota 1, pag. 270 e seg.

(8) E coll'obbligo di contribuire a'debiti e pesi della successione *pro modo emolumenti*; argomento dell'art. 670 Chabot sull'art. 766 (681), n. 4.

(9) Ossia gli altri figli naturali che il loro padre o la loro madre ànno avuto. È ben evidente che tal successione stabilita tra i fratelli e sorelle naturali non è che un favore che la legge accorda, non potendo appartenere che a' parenti legittimi il dritto di succedere. Rapporto di Chabot, in Locré, t. 5, p. 119, n. 29.

(10) Qui la parola *discendenti* si applica non meno a'discendenti naturali, che legittimi, poichè se i discendenti naturali de'fratelli e sorelle naturali venissero esclusi, non potreb-

682. I legittimati per decreto del Principe succederanno nella stessa guisa come si è detto pe' figli naturali. V. gli art. 256, 674 e 824.

SEZIONE II.

De' diritti del conjuge superstite e dello Stato.

683. Quando il defunto non lascia parenti in grado da succedere, nè figli naturali, la di lui eredità apparterrà al conjuge che gli soppravvive (1).

684. In mancanza di conjuge superstite, l'eredità si devolverà allo Stato (2).

685. I figli naturali (3), il conjuge superstite e l'ammistrazione de' de-

---

be ciò avvenire che in favore del fisco e del conjuge superstite. Or è stato nella mente del legislatore che tutt'i discendenti, sieno legittimi, sieno naturali, de' fratelli o delle sorelle naturali del defunto, vengano preferiti al conjuge superstite ed al fisco. Chabot, sull'art. 766 (681), n. 6.

(1) I. La compilazione di questo articolo è viziosa, poichè dalla stessa potrebbe dedursi che il conjuge è chiamato in mancanza di parenti legittimi e di figli naturali. Non è questa la mente del legislatore, poichè risulta dal complesso degli art. 675, 680 e 681, che il conjuge è escluso non solo da'figli naturali del defunto, ma da'discendenti del figlio naturale, dal padre e dalla madre naturale del defunto, da'fratelli e sorelle naturali del defunto. Maleville, Delaporte e Chabot sull'art. 767 (683).

II. La successione del conjuge prende origine dall'editto del pretore *unde vir et uxor*, in forza del quale, allo scioglimento del matrimonio, il conjuge sopravvivente succedeva al morto, in mancanza di altri parenti; l. unic. ff. e C. *unde vir et uxor*.

Il conjuge separato di corpo succede, poichè la separazione personale non iscioglie il vincolo del matrimonio. Gli autori delle pandette francesi, t. 3, p. 130 e Chabot sull'art. 767 (683) n. 4 sono di contrario avviso, e perchè la presunzione legale di una giusta affezione cessa di esistere nel caso di separazione di corpo, e perchè impegnatasi all'uopo nel consiglio di Stato una discussione tra Maleville, Berlier e Treilhard contro il conjuge, Tronchet e Bigot de Préameneau a favore, il processo verbale dice: « il consiglio » adotta in principio che lo sposo superstite non è ammesso alla successione del conjuge » premorto, allorchè vi è separazione di corpo. L'articolo è rinviato alla sezione per re» digerlo conformemente a questo principio » Locré t. 5, p. 58 e 59, n. 2 e 3.

La compilazione dell'art. intanto non è stata cangiata; e Maleville ci fa sapere che dappoi essendosi considerato che l'esclusione dalla successione nel caso di separazione personale poteva ricadere sul conjuge che non avea nulla a rimproverarsi, non fu eseguito ciò ch'erasi stabilito nel consiglio.

Segue da questa discussione, che la separazione di corpo non è un ostacolo pe' conjugi di succedersi, e questa dottrina è professata da Maleville, Toullier, t. 4 n. 272, Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 92; Duranton, t. 6, n. 343.

III. Se il matrimonio è solamente putativo (vedi la nota 2, p. 51), il conjuge superstite e di buona fede può reclamare la successione del predefunto, purchè la nullità sia stata pronunziata *dopo* la morte del conjuge, art. 191 e 192. Se poi il matrimonio sia stato dichiarato nullo *prima* della morte di uno de'conjugi, il conjuge supestite di buona fede non può succedere, poichè dal momento in cui si è dalla potestà ecclesiastica pronunziata la nullità del matrimonio, non sono più conjugi. E quantunque gli art. 191 e 192 dispongano che il matrimonio dichiarato nullo produca *gli effetti civili* riguardo al conjuge di buona fede, ciò non può intendersi che degli effetti civili già assicurati ed acquistati irrevocabilmente all'epoca dello scioglimento del matrimonio. Chabot, ibid. n. 5. Pandette francesi, t. 3, p. 132. Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 92.

(2) La legge de'29 dicembre 1828 è concepita così:

La successione legittima degli esposti, i quali non lascino superstiti discendenti, nè conjuge, sarà devoluta in preferenza dello Stato, a quello stabilimento di beneficenza cui l'esposito appartenga, ed il quale abbia adempiuto interamente, o almeno nella maggior parte co' fondi del proprio patrimonio all'opera della ricezione e nutrizione dell'esposito di cui siasi aperta la successione.

(3) Vedi la nota 1, pag. 250.

Il padre naturale è forse legalmente investito dell'eredità, o à bisogno di osservare le formalità prescritte da questo art. e di farsi immettere in possesso, a'termini del seguente articolo? Gli autori delle pandette francesi t. 3, p. 125, e Delvincourt, lib. 3, tit. 3, no-

V. l'art. 729 leg. civ., e gli art. 986, 1018 e 1019 p. c.

manj, che pretenderanno aver diritto alla eredità, dovranno far apporre i sigilli, e far l'inventario nelle forme prescritte per l'accettazione della eredità col beneficio dell'inventario (1).

V. gli art. 115 e 643.

686. Essi dovranno dimandare al tribunale civile nella cui giurisdizione si sarà aperta la successione, l'immessione in possesso della medesima (2). Il tribunale non potrà pronunziare sulla domanda se non dopo tre pubblicazioni ed affissi nelle solite forme (3), e dopo aver sentito il procuratore regio.

V. gli art. 1890, 1912 ll. cc., e 600 a 605 p. c.

687. I figli naturali o il conjuge superstite (4) saranno pur tenuti a far impiegare il prezzo degli effetti mobili, o dar cauzione bastante ad assicurarne la restituzione agli eredi del defunto, ove questi si presentassero nell'intervallo di tre anni. Passato questo termine, la cauzione sarà sciolta.

---

la 82 opinano negativamente, perchè nell' art. non si fa di essi parola; *inclusio unius est exclusio alterius*. Questa massima è spesso erronea, e Chabot sull'art. 765 (680), n. 4 à d'altronde osservato che siccome la successione de' genitori de' figli naturali è *irregolare*, così debbono anch'eglino domandare la immissione in possesso.

(1) L'oggetto di queste formalità è quello di cauzionare i dritti de' figli legittimi che possono in seguito presentarsi, ed a' quali debbono essere restituiti i beni.

Si è promossa da' giureconsulti la quistione da noi accennata nella nota 1, pagina 250, se i figli naturali possano essere tenuti al pagamento de' debiti *ultra vires hereditatis*. Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 76, Chabot sull'art. 773 (685) n. 3, gli autori delle pandette francesi sull'art. 773, e Duranton, t. 6, n. 290 ànno opinato che quando i figli naturali e gli altri successori irregolari avessero osservato le regole prescritte dall'art. 685 non vi può essere frode in danno de' creditori, e quindi i loro beni rimangono distinti da quelli della successione, senza esser necessario di dichiararsi eredi col beneficio dell'inventario. Dippiù, eglino dicono, i figli naturali per dritto francese *non sono eredi*, e quindi non rappresentando il defunto non sono la continuazione della sua persona. Secondo questi principi del dritto francese, i figli naturali erano più favoriti degli eredi legittimi, i quali non godono del beneficio dell' inventario se non ànno fatto una dichiarazione in cancelleria, a' termini dell' art. 710. « Questa inconseguenza nella giurisprudenza francese, osserva saviamente Toullier, t. 4, n. 526, deriva da ciò che, nel silenzio della legge, si è voluto stare alla sottigliezza del principio che l'erede legittimo rappresenta la persona del defunto e che *il figlio naturale non è erede*; ma se le leggi gli negano il titolo di erede legittimo, gli danno però quello di erede, *heredis locum habentur*. Egli dovrebbe adunque esser soggetto a tutte le formalità alle quali la legge sottopone l'erede legittimo per sicurezza e per l'interesse de' creditori, come vi è soggetto l'erede istituto o il legatario universale il quale deve adire l'eredità col beneficio dell'inventario, se vuole esentarsi dal pagamento de' debiti *ultra vires* ».

Toullier adunque avea ragione di dichiarare inconseguente la giurisprudenza francese, fondata sulla sottigliezza che i figli naturali *non erano eredi*. Ora che le nostre leggi civili ànno bandito la sottigliezza che i figli naturali non sono eredi (vedi la nota 2, pag. 279 e 280) non deve seguirsi la giurisprudenza francese, e decidersi per lo contrario che i figli naturali non accettando col beneficio dell' inventario sono tenuti al pagamento de' pesi e debiti ereditari *ultra vires*.

(2) Si è elevata la quistione, se per ottenere questa immissione in possesso, gli eredi irregolari debbano provare preliminarmente che il defunto non abbia lasciato alcun parente in grado successibile; ovvero basti che dopo spirati i termini per fare l'inventario o per deliberare prescritti dagli art. 711 e 712, niun parente legittimo siesi presentato a domandare l'eredità. Toullier, t. 4, n. 290 sostiene che spetta all'erede irregolare di fare la pruova di non esistere parenti legittimi. Di contraria opinione sono Chabot sull'art. 773, n. 3 e 4, e Duranton, t. 6, n. 352, i quali entrano ne' più profondi sviluppamenti.

(3) Ma quali sono queste *forme?* Esse non sono indicate nelle leggi di procedura pel caso in disamina, e si sa che le forme delle pubblicazioni e degli affissi non sono le stesse per la vendita de' mobili, che per quella degl' immobili. Chabot sull'art. 770 (686) n. 4 è di avviso che convenga attenersi alle formalità stabilite negli art. 1037 e seg. p. c. per la vendita degl' immobili, massime quando esistono immobili nell'eredità. Per l'opposto Duranton, t. 6, n. 356 insegna, che non sia necessario di osservare tali formalità, e che si possa generalmente lasciare al tribunale la facoltà di scegliere, secondo i casi, quelle che meno dispendiose, si uniformassero del pari al voto della legge.

(4) Lo Stato non è tenuto ad impiegare il prezzo degli effetti mobili o a dar cauzione, perchè è sempre solvibile.

688. I figli naturali, il conjuge superstite, o l'amministrazione de'demanj, che non avessero adempito alle formalità loro rispettivamente ingiunte, potranno esser condannati al risarcimento de'danni ed interessi verso gli eredi, qualora se ne presentassero.

689. Al conjuge povero che non abbia un patrimonio confacente al suo stato, sarà dovuta sulle rendite ereditarie del consorte predefunto una prestazione alimentaria e vitalizia.

690. L'importare di siffatta prestazione non eccederà il quarto della rendita de'beni ereditarj, quando non esistessero figli, o quando ve ne fossero al numero di tre o meno. Essendo più di tre, non eccederà i frutti della porzi one virile (1).

---

(1) Nell' ultimo stadio del dritto, Giustiniano colle novelle 53, 74 e 117, cap. 5, donde fu estratta da Irnerio l'Autentica *praeterea*, C. *unde vir et uxor*, stabilì che anche in caso di concorrenza cogli altri eredi, il conjuge sopravvivente in bisogno succederebbe al suo conjuge opulento colle seguenti modificazioni. Il conjuge o concorreva co'figli comuni, o con gli altri eredi. Nel primo caso avea una parte virile nell'usufrutto, se i figli erano più di tre; essendocene meno, prendeva la quarta dell'usufrutto de'beni. Nel secondo caso prendeva la parte virile se vi erano più di tre eredi, e se ve n'erano meno, la quarta ussoria nella piena proprietà. L'autentica *praeterea*, C. *unde vir et uxor* conservò tutta la sua efficacia nel dritto patrio, perciocchè non fu corretta dalle consuetudini napoletane, come attestano Napodano sulla consuetud. QUARTAM gloss. *in verbo constituta;* de Franchis, dec. 318 *cum* de Luca.

Il conjuge francese tolse col silenzio al conjuge un tal dritto di successione; ciò non ostante Maleville era talmente convinto della giustizia delle disposizioni del dritto romano, che giunse a dire che i tribunali aveano la facoltà di attribuire al conjuge un tal dritto.

Il nostro legislatore à voluto richiamare in vigore il dritto romano, che non era stato abrogato dal dritto del regno; ma con giusta modificazione, à sostituito invece della quarta, un assegnamento *alimentario e vitalizio*. Questa importante aggiunzione al codice francese, fu fatta con la legge de'26 gennajo 1816, negli art. 40 e 41, cui corrispondono gli art. 689 e 690 delle leggi civili. Sono notevoli su questi articoli le seguenti riflessioni:

1.° La prestazione alimentaria e vitalizia è reciproca tra i conjugi, e si è troncata la quistione, se alla sola moglie indotata, o anche al marito povero fosse la quarta dovuta. Giustiniano con la novella 53, cap. 6, avea stabilito esser dovuta ad entrambi; ma si credette da taluni corretta tal novella con l'altra posteriore ch'è in ordine la 117. Dotti interpetri sostennero però di non esservi alcuna correzione, e doversi l'ultima novella limitatamente intendere del caso che la moglie fosse stata dal marito ingiustamente discacciata: Huber., *praelect. ad inst.*, *lib.* 3, *ad d. nov.*, § 18. Perezio, lib. 6, tit. 18, n. 3.

2.° La pensione è dovuta al conjuge *che non abbia un patrimonio confacente al suo stato*. Con queste parole si è anche troncata la controversia agitata nell'antico foro, se bisognava esser all'intutto povero, o relativamente al proprio stato. Quest'ultima era la più ricevuta opinione, come attestano Altimari, sulla decisione 46 di Rovito, e de Luca sulla decisione 410 di de Franchis.

3.° La prestazione à le due qualità di *alimentaria* e di *vitalizia*. La qualità *alimentaria* trae seco tutt'i privilegi della cagione di alimenti. La qualità di *vitalizia* mena alla conseguenza che vi si acquista dritto fin dal momento dell'apertura della successione, e dura fino alla vita; così che non può soggiacere alla diminuzione o cessazione che possono gli alimenti ricevere, nè cangiate le circostanze di povertà nello stato del conjuge, può ridursi o togliere la prestazione alimentaria: Bruneman. *ad Cod*, lib, 6, tit. 18, n. 8 e 9. E coerentemente a questo principio il Sacro Consiglio decise nel 1740 in pro della Duchessa di Casamassima, che ottenne la quarta ussoria da'beni del duca di Parete suo defunto marito, dopo di essersi agiatamente rimaritata. Sorge, *Enucl.*, t. 7, cap. 67, n. 5.

Parimente la povertà del conjuge sopraggiunta dopo aperta la successione, non dà dritto al conjuge di pretendere la prestazione.

4.° Il dritto alla prestazione è un dritto ereditario, e per conseguente reale. Si esercita sopra i beni, ancorchè abbiano fatto passaggio nelle mani de'terzi possessori.

CAPITOLO V.

Dell' accettazione e della rinunzia della eredità

SEZIONE I.

Dell' accettazione (1).

V. gli art. 696, 699 e 718.

691. L'eredità (2) può essere accettata (3) puramente e semplicemente, o col beneficio dell'inventario (4).

---

(1) L'accettazione o *adizione dell'eredità* è un atto col quale quegli ch'è capace di esser dichiarato erede di una persona la cui successione si è aperta, fa conoscere ch' egli si è determinato ad assumere la qualità di erede.

(2) Aperta, art. 638, e che la sua apertura sia conosciuta, poichè per fare atti di erede bisogna sapere di essere erede. Quindi colui ch'essendo erede presuntivo di una persona assente si prendesse cura de'suoi affari nel tempo della sua assenza, e continuasse a prenderne cura dopo la morte, non farebbe atti di erede, laddove ignorasse la morte dell' assente; come del pari non si obbligherebbe in tale qualità se sapendo la morte della persona, ignorasse di esserne erede, l. 19, 27, 32, § 1, 33, 34, § 1, 46, ff. *de adquir. vel omitt. hered.*; Inst. *de hered. qualit.*, § 7. Domat, parte 2, lib. 1, tit. 3, sez. 2, n. 1, Pothier, *successions*, cap. 3, sez. 3, art. 1, § 3. Chabot sull'art. 774 (691 n. 4) Toullier, t. 4, n. 315.

(3) Da chi si trova erede presuntivo del defunto nell'ordine stabilito dalla legge. L' accettazione quindi fatta da chi non era chiamato alla successione non potrebbe obbligarlo, se posteriormente l'eredità fosse a lui devoluta per avere il parente più prossimo rinunciato; perciocchè all'epoca in cui fu fatta l'accettazione egli non era che un estraneo, e non può essere riguardato atto di erede quello fatto da un estraneo. *Sed ita demum pro herede gerendo acquieret hereditatem*, SI JAM SIT DELATA, l. 21, § 2, ff. *de acquir. hered.*; Domat, ibid. n. 9; Chabot, sull'art. 774 (691) n. 6; Duranton, t. 6, n. 366. La contraria opinione manifestata da Toullier, t. 4, n. 316 che l'accettazione fatta da un parente più rimoto potrebbe obbligarlo, se il parente più prossimo rinunciasse posteriormente l'eredità, sul motivo che l'erede rinunziante reputasi di non essere stato mai erede, non è esatta. Imperciocchè l'effetto dell'accettazione si fa risalire al dì dell'apertura della successione, affinchè l'erede profittasse di tutti gli emolumenti, come sarebbe obbligato di sopportare tutte le perdite sopravvenute prima della sua accettazione. Ma questa regola non à mai avuto per oggetto di render legittima un'accettazione nulla nella sua origine, di dar esistenza ad un'accettazione che non esisteva.

(4) Vi è una differenza essenziale fra gli effetti dell'accettazione pura e semplice e quella col beneficio dell'inventario, sì in quanto a' dritti che in quanto alle obbligazioni. Vi sono nulladimeno delle regole comuni all'una ed all'altra specie di accettazione.

Regole comuni agli effetti dell'accettazione pura e semplice ed a quella col beneficio dell' inventario.

L' erede subentrando ne' dritti e nelle obbligazioni del defunto, la qualità ereditaria à necessariamente tre caratteri essenziali. È *irrevocabile*, *universale ed indivisibile*.

Irrevocabilità della eredità. Colui che si è una volta renduto volontariamente erede sarà sempre tale, senza che possa addurre alcun pretesto per abbandonare questa qualità: *qui semel heres, semper heres;* l. 7, § 10 in fin. ff. *de minor.*; l. 8 ff. *de adq. vel omitt. hered.*, l. 4, Cod. *de repud. hered.* L'abbandono de'beni che l'art. 719 permette all'erede beneficiato non importa che l'accettazione sia revocabile: vedi la nota 4, pag. 304.

Unica eccezione al principio dell' irrevocabilità creditaria è nell'art. 700.

Universale. L'obbligo dell'erede è universale, perchè si estende a tutt'i debiti che à potuto contrarre colui al quale succede, ed anche alle obbligazioni che avesse imposto il defunto all'erede con un testamento; l. 62, ff. de R. J.; l. 2, Cod. *de hered. act.*; art. 645.

Indivisibile. L'obbligo dell'erede è indivisibile, poichè non può restringere l'accettazione dell'eredità ad una quota di beni, nè dividere i pesi per discaricarsi di alcuni. *Vel omnia admittantur, vel omnia repudientur,* dice la l. 20, Cod. *de jur. delib.* E quando anche fosse un erede testamentario istituito per due diverse porzioni dell' eredità, delle quali una gli fosse stata lasciata con delle condizioni vantaggiose, e l'altra sotto condizioni onerose, non

692. Nessuno è tenuto ad accettare una eredità che gli sia devoluta (1). V. l'art. 709.

693. Le donne maritate non possono validamente accettare una eredità senza l'autorizzazione del marito o del giudice, in conformità delle disposizioni del capitolo VI sotto il titolo *del matrimonio* (2). V. gli art. 206 207, 208 e 213.

Le eredità devolute a' minori ed agl' interdetti non possono validamente accettarsi se non secondo le disposizioni contenute sotto il titolo *della minore età, della tutela, e della emancipazione* (3). V. gli art. 292, 384, 407, 420, 422 432.

694. L'effetto dell'accettazione si retrotrae al giorno in cui si è aperta la successione (4). V. gli art. 645 e 803

---

potrebbe rinunziare all'una ed accettare l'altra; l. 1 e 2, ff. *de adq. vel omitt. ered.* V. la nota 4, pag. 303.

Risulta dalle cose discorse che l'accettazione non può essere subordinata ad una *condizione:* dev'essere pura e semplice, altrimenti è nulla, l. 51, § 2, ff. *de adquir. hered.*

Della differenza in quanto a' dritti ed in quanto alle obbligazioni tra l'accettazione pura e semplice e quella col beneficio dell'inventario.

Differenza in quanto a' dritti—L'erede puro e semplice dispone da padrone de'beni della successione in qualunque tempo abbia accettato. L'erede col beneficio dell'inventario, fino a che non siesi liquidato lo stato della successione e soddisfatti tutt'i pesi della medesima, non è che un semplice amministratore; ed in conseguenza non può disporre de' beni ereditari ed esercitarne i dritti, che adempiendo le formalità prescritte e coll'obbligo di render conto a'creditori ed a' legatari: art. 713, 719, 723, 724. Ciò non esclude però che l'erede beneficiato possa fare atti di alienazione senza l'osservanza delle formalità prescritte (v. la nota 2, pag. 305).

Differenza in quanto alle obbligazioni—L'erede puro e semplice è tenuto a tutti i debiti ereditari anche *ultra vires hereditatis*, e la sua accettazione è irrevocabile con la sola eccezione indicata nell'art. 700. Per lo contrario l'erede col beneficio dell'inventario non confonde i suoi beni con quelli dell'eredità, l. ult. § 2 e 4 Cod. *de jure deliberandi*, conserva i suoi crediti personali contro la medesima, l. ult. § 9, in fin. Cod. *de jur. delib.*, ed à anche il dritto di abbandonare i beni ereditari a'creditori ed a' legatari, art. 719.

(1) Non vi sono più oggi eredi neccessari riconosciuti dal dritto romano. Tutti gli eredi sono *volontari*, e dicevano acconciamente le consuetudini della Francia, *non è erede chi nol vuole*.

(2) Una delle condizioni prescritte per divenir erede si è la capacità di obbligarsi, poichè è un effetto necessario dell'accettazione di esser risponsabile verso i creditori ed i legatari. Da ciò nasce che senza l'autorità del marito o del giudice non può la moglie accettare un'eredità anche col beneficio dell'inventario, poichè la legge non distingue. Chabot, sull'art. 776 (693), n. 2.

Il marito può esser ammesso ad accettare per la moglie, ed anche senza il di lei consenso? Bisogna distinguere. Se il matrimonio è stato contratto sotto il regime della comunione, il marito è personalmente interessato ad accettare l'eredità, di cui può provocare la divisione senza il consenso della moglie, art. 737: Chabot, sull'art. 775 (693) n. 3: Toullier, t. 4, n. 318: Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 125: Pandette francesi, t. 3, p. 149: Duranton, t. 6, n. 425 — Lo stesso dicasi se il matrimonio abbia avuto luogo con la regola dotale, perciocchè quando la dote comprende anche i beni futuri (art. 1355) il marito è personalmente interessato alla percezione de'frutti dell'eredità devoluta alla moglie. In questi casi l'accettazione del marito è sempre nell'interesse della moglie, la quale non dovrebbe sopportare le perdite che ne risultarebbero se l'eredità fosse onerosa, come del pari se la moglie avesse contro il voto del marito, e coll'autorità del giudice accettato un'eredità non ne deve risentir danno il marito: Chabot, ibid. Se poi la moglie trovasi separata di beni, il marito non può essere ammesso ad accettare per la moglie, art. 1413.

(3) L'eredità devoluta a' prodighi o agli altri individui provveduti di consulente giudiziario non possono accettarsi che coll'assistenza de' consulenti; art. 422 e 436. Chabot, ibid., n. 10. Pandette francesi, t. 3, n. 150. Duranton, t. 6, n. 419.

(4) *Haeres quandoque, adeundo haereditatem, jam tunc a morte successisse defuncto intelligitur*, l. 54, ff. *adq. vel omitt. haered.* — Questa regola che fa risalire al momento dell'apertura della successione l'accettazione fattane dall'erede è una conseguenza dell'art. 645; è perciò che l'art. 803 reputa l'erede solo ed immediato successore de' beni componenti la sua quota. — In una parola, l'erede prende l'intera eredità, tal quale era nel momento in cui si era aperta, ed è tenuto a soffrire tutte le perdite come deve profit-

695. L'accettazione può essere *espressa* o *tacita*: è espressa quando si

tare di tutt'i guadagni. I frutti quindi e le rendite scadute dopo l'apertura della successione appartengono all'erede, l. 20, § 3, ff. *de hered. petit*, col peso di rimborsare tutto ciò che si è speso per la conservazione della cosa, art. 473 e 1335. Se poi i frutti sieno stati percepiti in buona fede da un altro che era coerede o credeva di aver dritto su tutta l'eredità, non si debbono restituire, art. 144 e 474.

Dal perchè l'effetto dell'accettazione si retrotrae all'epoca dell'apertura della successione, non segue che se nel concorso di più congiunti di diversi gradi, il più rimoto che avesse accettato l'eredità, non contrattasse validamente co' terzi. È per lo contrario un principio inconcusso che il più prossimo che viene in seguito ad escludere il più rimoto che era in possesso dell'eredità, è obbligato di conservare ciò ch' egli à fatto. Così le liquidazioni che l'erede apparente avrà fatte con i creditori o debitori della successione, conserveranno il loro effetto contro il vero erede, quando si presenterà. I pagamenti fatti in buona fede a chi si trova nel possesso del credito sono validi, ancorchè il possessore ne soffra di poi l'evizione, art. 1193; e del pari i pagamenti fatti all'erede putativo sono validi, come insegnano Fabro, Cod., lib.6, tit. 36, def. 15, e Voet, *ad pandectas*, tit. *de solutionibus*, n. 5. Le sentenze che sono state rendute contro l'erede apparente e che abbiano acquistata la forza di cosa giudicata, nulla perderanno della loro autorità con l'apparizione susseguente del vero erede, poichè l'erede apparente è la stessa persona morale dell'erede vero, il quale deve imputare a se stesso l'aver sofferto che i suoi dritti risedessero presso un terzo, e che costui simulasse la qualità di proprietario. Tutti questi atti e quelli di amministrazione sono conservati in considerazione della buona fede de' terzi che abbiano contratto o litigato coll'erede putativo; ed essi sarebbero conservati, quando anche l'erede putativo non fosse stato che un possessore di mala fede. Toullier, t. 7, n. 27 a 30. Merlin *questions de droit*, v. *heretier*, §. 3, n. 1.

In quanto agli atti di alienazione, d'ipoteca, di servitù ec., fatti dall'erede apparente, sono essi validi in faccia al vero erede che si presenta dopo, e che è reintegrato ne' suoi dritti? In quanto alla vendita della eredità fatta dell'erede apparente, la eredità poteva essere revindicata dal vero proprietario per dritto romano, l. 13, § 4, ff. *de hered. petit.*, malgrado la *buona fede* del compratore e quella del venditore; e questa risoluzione debbe sotto l'impero del codice esser seguita: su questo punto concordano Toullier e Merlin. Ma l'azione del vero erede è ammessibile per la revindicazione di beni particolari venduti dall'erede putativo? Su questa discussione sono entrati in una seria e profonda discussione Toullier e Merlin, e con una mirabile dialettica l'uno risponde agli argomenti dell'altro. Toullier, t. 4, n. 283 a 284, e t. 7, n. 31 fece una severa censura di una decisione della Corte di Appello di Caen profferita nel dì 21 Febbrajo 1814, confermata dalla Corte di Cassazione con arresto de' 3 Agosto 1815, la quale avea giudicato di esser valide le alienazioni fatte dall'erede putativo in considerazione della *buona fede de' compratori*. Toullier sostenne che questa decisione era inconciliabile cogli art. 143, 144, 645, 694, 1444, 2011 e 2076, ed all'antico principio, *nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet*, l. 54, ff. *de R. I.* Merlin nella terza edizione delle quistioni di dritto (v. *heretier*, § 3) imprese a confutare con forza di ragionamento e profonda erudizione la censura fatta da Toullier alla decisione della Corte di Caen, e premette nella sua dissertazione che Toullier à mischiato nella sua censura molti errori a talune verità. Merlin non approva il principio ritenuto dalla Corte di Caen, che gli atti di alienazione debbono essere mantenuti in *considerazione della buona fede de' compratori*; ma per lo contrario stabilisce che gli atti di alienazione sono mantenuti *in considerazione della buona fede dell'erede putativo*. Su di ciò, Toullier imprende a rispondere alla dissertazione di Merlin, con una dissertazione stampata *ad calcem* del vol. 9, poichè se non è la buona fede de' terzi quella che deve mantenere l'alienazione, non vi è ragione per ritenerla valida *in considerazione della buona fede dell'erede putativo*. Questa dissertazione di Toullier è importante, e dimostra la potenza della sua dialettica e delle sue profonde cognizioni. La materia è stata da lui esaurita, e bisogna convenire che la dottrina da lui sostenuta è giusta nel rigore de' principi. Ed invero, se si consideri la *buona fede* del compratore, dessa è inutile, poichè la proprietà diventa irrevocabile solamente con la prescrizione, art. 2171. La buona fede dell'erede putativo non è sufficiente per ispogliare il vero proprietario de' suoi dritti, donde segue che la vendita della cosa altrui è nulla, art. 1444; ed è perciò che gli art. 144, 474 e 2174 prescrivono che la buona fede di un possessore non gli dà dritto se non a' soli frutti e prodotti della cosa posseduta. La dottrina di Toullier è stata seguita da Grenier, *hypoteques*, n. 51, da Duranton, t. 1, n. 578, da Troplong, *hypoteques*, n. 468. Ma le Corti Reali e la Corte di Cassazione di Parigi si sono pronunziate, seguendo la dottrina di Merlin, per la validità delle vendite, e pare che la equità in talune circostanze debba far sussistere le vendite per considerazioni di grave interesse.

assume il titolo o la qualità di erede in un atto autentico o privato (1): è tacita quando l'erede fa un atto che suppone necessariamente la sua volontà di accettare la eredità, e che non avrebbe egli diritto di fare se non colla qualità di erede (2).

In quanto all'accettazione col beneficio dell' inventario, ved. gli art. 710, 711 e seg.

696. Gli atti semplicemente conservatorj, di vigilanza e di amministra-

Un individuo, per esempio, s'impadronisce dell'eredità del suo parente; esercita tutt'i dritti di erede, ed ognuno tratta con lui come se fosse il vero proprietario: non si conosce che v'è un altro parente più prossimo del defunto, e generalmente ognuno crede che il dritto del detentore è conforme al suo possesso. Dopo molti anni comparisce il vero erede, e domanda la revindica di un fondo alienato poco tempo prima dall'erede apparente. L'equità garantisce i dritti del compratore che à acquistato dopo molti anni da che l'erede apparente si era messo nel possesso de'beni: il vero erede deve imputare a se stesso di non essersi fatto riconoscere prima. La Corte di Cassazione di Parigi con arresto del dì 26 agosto 1833 (in Dalloz 1833, 1, 307) nel cassare una decisione della corte reale di Parigi de' 18 maggio 1830, che avea dichiarata valida la vendita del titolo di erede, ritenne questo notabile considerando: « Atteso che, in punto di dritto, se il possesso pubblico, notorio e non contro-» verso della eredità di un defunto nella persona del suo erede apparente *produce una ec-» cezione di buona fede sufficiente* per proteggere gli atti fatti tra lui e terze persone, lo » stesso favore non può essere concesso alla vendita dello stesso titolo di erede e de' dritti » che ne derivano. » — In questo senso decisero le corti di Tolosa e di Mompellier a' 5 marzo 1833 e 4 Gennajo 1830, in Dalloz, *réc. pér.* 1833, 2, 204 e 225 — In senso contrario decise la corte di Poitiers a' 10 aprile 1832, in Sirey, 32, 2, 379 — La Corte Suprema di Napoli con arresto del dì 29 settembre 1840, nella causa tra *Tocci e Jacuzzi*, decise per la validità delle alienazioni fatte dall'erede apparente.

(1) L'accettazione può aver luogo *aut verbo aut facto*, dicevano le leggi romane; *verbo*, cioè dichiarando di voler essere erede; *facto*, cioè con eseguire alcun atto che mostri l'intenzione di voler essere erede.

Per l'accettazione espressa si richiede una dichiarazione formale della volontà di essere erede; ed affinchè non si desse luogo ad equivoci, l'articolo ne à indicato i termini, restringendo l'accettazione espressa al solo caso in cui si fosse preso in un atto il titolo o la qualità di erede. Chabot, sull'art. 778 (695), n. 4.

Per l'accettazione espressa è d'uopo che siasi assunto il titolo o la qualità di erede *in un atto autentico o privato*. La parola *atto* è stato l'oggetto di alcuni dubbi. Réal domandò nel consiglio di stato di Francia, (in Locré 5, p. 59, n. 11) che si definissero gli *atti privati* di cui trattavasi nell'art. « affinchè, egli diceva, non si lasci induzione arbitraria. » Questa proposizione non ebbe effetto, e quindi si è elevata la quistione, se la qualità di *erede* presa in una lettera missiva, constituisca un'accettazione espressa. L'art. à inteso di non far dipendere l'accettazione da una dichiarazione *verbale*, onde non aprir un campo a mille litigi ed a pruove testimoniali sulle dichiarazioni verbali. Ma quando la qualità di erede si assume in un atto, e sia anche in una lettera scritta a persone interessate, non vi è dubbio che questo atto importa accettazione espressa; ed il dritto romano autorizzava l'accettazione con semplici lettere, *possunt significare per nuncium*, l. 65, § 3, ff. *ad S. C. Treb.* La quistione molto dipende da'termini ne'quali fosse concepita la lettera, non che dallo scopo che si proponeva chi la scriveva. Chabot, ibid. n. 5. Toullier, t. 4, n. 325 e 326. Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 114. Duranton, t. 6, n. 373.

(2) L'enumerazione degli atti da'quali può indursi l'accettazione tacita sarebbe un lavoro assai lungo. Può riscontrarsi Domat, parte 2, lib. 1, tit. 3, sez. 1 e 2. Chabot, sull'art. 778, n. 10 a 28. Toullier, t. 4, n. 327 a 329. Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 115. Duranton, t. 6, n. 377 a 404.

Non è da omettersi che per conoscere l'effetto delle riserve di un abile a succedere, espresse in un atto, ch'ei non intende assumere la qualità di erede, convien fare una distinzione. Se le riserve sono contenute in un atto di amministrazione o in un atto dal quale non risulti necessariamente la volontà di accettare l'eredità, le riserve servono per escludere questa intenzione. Ma se le riserve sono contenute in un atto che per sua natura suppone necessariamente la volontà di accettare, o che l'erede non poteva fare che nella qualità di erede, è evidente che la riserva non può togliere gli effetti giuridici attaccati all'atto, nello stesso modo che la protesta contro l'atto non è di alcun valore: *protestatio contra actum non tenet.* Pothier, *des successions*, cap. 3, art. 1. Chabot, ibid, n. 28; Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 115; Duranton, t. 6, n. 388. — E noi aggiungiamo ch'è di principio generale in tutte le materie del dritto, che una protesta è sempre reputata non iscritta quando viene smentita dall'atto stesso cui si associa: *protestatio actui contraria tollit potestationis effectum*; così insegnano Brunnemanno sulla legge 22, Cod. *de transactionibus*, Bartolo sulla legge *non solum*, § *morte*, n. 17, ff. *de operis novi nunciatione*;

V. gli art. 715 e 2165. zione provvisionale, non sono atti di adizione di eredità, se con essi non siasi assunto il titolo o la qualità di erede.

V. l'art. 760. 697. La donazione, la vendita o la cessione che uno de'coeredi faccia de' suoi diritti di successione, sia ad un estraneo, sia a tutti i suoi coeredi, ovvero ad alcuno di essi, inducono l'accettazione della eredità per sua parte (1).

Lo stesso ha luogo

1.° per la rinunzia fatta anche gratuitamente da uno degli eredi a vantaggio di uno o più de' suoi coeredi (2);

2.° per la rinunzia fatta anche a profitto di tutti i suoi coeredi indistintamente, quando riceva il prezzo della sua rinunzia (3).

V. gli art. 645 e 963. 698. Quando colui a favor del quale si è aperta una successione, è morto senza averla ripudiata o accettata espressamente, ovvero tacitamente; i suoi eredi possono per diritto proprio accettarla o ripudiarla (4).

---

e tanto decide espressamente il capitolo *cum in Ferrariensis*, alle decretali, *de constitutionibus*.

(1) Colui che dispone prima d'intromettersi nell'eredità fa atto di erede, poichè vendere, cedere o donare una eredità è lo stesso che disporne da padrone. La l. 2. C. *de legatis* parla di colui che à venduto l'eredità, ma il savio Domat, parte 2, lib. 1, tit. 1, sez. 3, n. 8 estese per identità di ragione la stessa disposizione anche alla donazione, ed il nostro art. non lascia dubbio su di ciò. Sembra a prima vista che la donazione da uno degli eredi fatta *a tutt'i suoi coeredi* non avrebbe dovuto considerarsi come un atto di adizione di eredità, perchè essa sembra una rinunzia pura e semplice; ma in realtà la donazione contiene un atto di erede, perchè trasferisce de'dritti, perchè come donazione è soggetta a riduzione, è rivocabile come tutte le donazioni tra vivi ne'casi dall'art. 878 determinati.

(2) La rinunzia gratuita a favore di uno de' coeredi è considerata dalla legge come una donazione, perciocchè il rinunziante dispone della sua quota a favore di uno o più de' suoi coeredi. Questa rinunzia adunque non dev'essere fatta in cancelleria a' termini dell'art. 701: è necessario bensì il concorso delle formalità richiesto per la validità delle donazioni. Decisione della Cass. di Parigi de'17 agosto 1815, Sirey 15, 1, 413. Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 118. Duranton, t. 6, 397.

Egli è chiaro che se la rinunzia è fatta a favore di tutt'i coeredi, questa rinuncia non può considerarsi come atto di erede, sì perchè la quota del rinunziante che si considera di non esser stato mai erede si accresce a tutt'i suoi coeredi, art. 702, sì perchè la rinuncia a favore di tutt'i coeredi si considera atto di erede giusta il n. 2 di questo art. nel solo caso in cui si riceva *un prezzo* della rinuncia.

(3) Colui che riceve un prezzo della rinuncia si considera come un venditore dell'eredità, l. 2, ff. *si quis omiss. causa testam.*; l. 1, C. *si omiss. sit caus. test.*

(4) Per dritto romano il dritto di *trasmissione* formava una materia molto complicata. Gli eredi *suoi* morendo prima di aver accettato l'eredità, la trasmettevano a' loro eredi *ex testamento* o *ab intestato*, giacchè l'eredità del padre si considerava nel figlio come una continuazione di dominio, non come una nuova trasmissione, l. 3, C. *de suis et legit. liber.*; l. 3, C. *de jure deliberandi.* Gli eredi volontari morendo prima di aver accettato l'eredità, non la trasmettevano a' loro eredi, l. *un.* §. 5. C. *de cad. toll.*, l. 7. C. *de jure deliberandi.* Se poi l'erede volontario sapendo di essere erede moriva pendente il termine dalla legge accordato per deliberare, trasmetteva il dritto al suo erede, l. 19 Cod. *de jure delib.* Vedi su questa materia Domat, parte 2, lib. 3, tit. 1, sez. X.

Le nuove leggi che ànno proclamato il principio che tutti gli eredi sono volontari, art. 692, e che l'erede acquista il dritto alla successione dal momento dell'apertura della successione ed indipendentemente dalla immissione in possesso, art. 645, ànno coerentemente a questi principi stabilito che morendo l'erede prima di aver accettato l'eredità, trasmette questo dritto al suo erede.

Gli eredi di colui adunque cui era devoluta una successione non possono accettarla o ripudiarla che accettando l'eredità di colui cui era devoluta la successione; poichè rinunziando la prima eredità, alienano un dritto dipendente dalla seconda; ed accettandola fanno atto di erede riguardo a quest'ultima, poichè esercitano un dritto che ne fa parte. Può però l'erede accettare l'eredità di colui a cui succede, e rinunciare quella a costui devoluta, perchè siccome la successione ch'era deferita a colui ch'è morto senza averla

699. Se questi eredi (1) non sieno fra loro di accordo per accettare o ripudiare l'eredità, dee questa accettarsi col beneficio dell'inventario (2). V. gli art. 710, 711 e seg.

700. Il maggiore di età (3) non può impugnare l'accettazione espressa o tacita da esso fatta di una eredità, salvo che nel caso in cui tale accettazione fosse stata la conseguenza di un dolo usato verso di lui. Egli non può addurre mai verun richiamo sotto pretesto di lesione; toltone il caso in cui l'eredità si trovasse assorbita o diminuita più della metà, per essersi scoperto un testamento del quale non si aveva notizia nel tempo dell'accettazione (4). V. gli art. 1062, 1063 e 1070.

---

accettata non si era confusa co'proprî beni, così questo art. conferisce al suo erede il dritto di ripudiarla, come egli stesso lo avea. Chabot, sull'art. 781 (698) n. 2, e sull'art. 795 (712) n. 6. Duranton, t. 6, n. 408.

(1) Cioè gli eredi a'quali è trasmesso il dritto di accettare o ripudiare la successione devoluta al loro autore, il quale è morto prima di averla accettata o ripudiata. L'art. 699 non è applicabile a coloro a'quali è personalmente deferita una successione, ed i quali non sono obbligati di prendere lo stesso partito. Chabot, sull'art. 782 (699), n. 2.

(2) La legge à preveduto che gli eredi di colui al quale era devoluta una successione non potrebbero essere di accordo sul partito a scegliersi a tal riguardo. Col mezzo proposto dall'art. in esame si è creduto di soddisfare alle speranze di coloro i quali reputano che l'eredità sia vantaggiosa, e porre al coperto di ogni pregiudizio quelli che temono di esser cattiva.

Bisogna convenire intanto che in taluni casi la stessa accettazione col beneficio dell'inventario pregiudica alcuni eredi che opinavano di ripudiarsi l'eredità devoluta al loro autore; come per esempio, se costui avesse ricevuto una donazione da colui al quale era chiamato a succedere, superiore alla sua porzione ereditaria, e che obbligasse alla collazione. Questa ingiustizia fa tanto peso nell'animo di Delvincourt, il quale insegna (lib. 3, tit. 3, nota 124) che coloro i quali opinarono di non accettarsi l'eredità non contribuiranno alla collazione. Questa dottrina difficilmente si può conciliare coll'art. 762 che obbliga indistintamente tutti gli eredi anche beneficiati alla collazione — Del resto gli eredi di colui al quale la successione era devoluta non debbono porre in collazione ciocchè loro fu donato dal primo defunto, poichè la collazione è dovuta sol dall'erede che concorra all'eredità per proprio dritto o per beneficio della rappresentazione, art. 762 e 767: or nella specie gli eredi dell'erede non sono direttamente gli eredi del primo trapassato, ma sono quelli dell'ultimo trapassato. Duranton, t. 6, n. 412.

(3) Il minore non à bisogno del favore accordatogli da questo art., poichè l'eredità a lui devoluta non può essere accettata che col beneficio dell'inventario art. 384 e 693.

(4) Questo articolo fa due eccezioni alla regola che l'accettazione dell'eredità è irrevocabile (vedi la nota 4, pag. 286):

I. La prima è relativa al caso in cui l'accettazione sia stata la conseguenza di un *dolo* usato verso l'erede. Il dolo vizia il consenso, art. 1063, e lo stesso dicasi della violenza, art. 1065. La violenza, come il dolo, è stata sempre un mezzo come fare ritrattare ed annullare le accettazioni, l. 85, ff. *de acq. vel omitt. hered.* Perchè l'accettazione sia rivocabile a causa del dolo, è necessario che sia praticato da'creditori, o legatari dell'eredità, mentre l'art. 1070 dice, che il dolo è causa di nullità della convenzione quando i rigiri sieno praticati da *una delle parti contraenti*; se poi il dolo sia stato praticato da un terzo, à l'erede contro costui un'azione di danni interessi—In quanto alla violenza non si richiede che sia praticata da una delle parti, art. 1065: Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 127; Chabot, sull'art, 783 (700) n. 5—Duranton, t. 6, n. 454 è per altro di avviso che da chiunque siesi usato il dolo, l'accettazione è sempre viziosa.

II. La seconda eccezione fatta alla regola della irrevocabilità dell'accettazione è la scoverta di un testamento del defunto, che assorbisca o diminuisca più della metà il valore dell'eredità. Se l'esistenza del testamento fosse stata conosciuta al momento della accettazione, l'erede non potrebbe chiedere la rescissione, poichè poteva prevedere che accettando andava soggetto a tutte le conseguenze dell'accettazione.

Secondo Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 128, e Duranton, t. 6, n. 460, la scoverta del testamento non libera l'erede anche riguardo a'creditori dell'eredità; pel motivo, secondo essi, che l'art. 700 non à accordato la restituzione per essersi scoperto i debiti; la scoperta del testamento è completamente indifferente a'creditori i quali debbono essere pagati prima de'legatari; la rivocazione perciò non può sottrarre l'erede che all'azione dei legatari. È preferibile la contraria opinione di Chabot, ibid. n. 8, seguito da Malpel, n. 196; perciocchè se la legge mette nello stesso livello il dolo e la scoverta di un testamento, non vi è ragione per ritenere che il dolo libera l'erede riguardo a tutti, come ne convengono

SEZIONE II.

Della rinunzia della eredità.

V. l'art. 115.

701. La rinunzia ad una eredità non si presume, nè può farsi altrimenti che presso la cancelleria del tribunale civile della provincia o valle in cui si è aperta la successione sopra un registro particolare tenuto a tal effetto. Per

---

Delvincourt e Duranton, e la scoverta del testamento no. D'altronde la proprietà della rescissione è di rimettere le cose nello stato primiero, e se a ciò si aggiunge che la qualità di erede è generalmente indivisibile, non si potrebbe accettare un'eredità in parte.

III. La scoverta de' debiti ignoti al momento dell'accettazione, e che diminuissero l'eredità più della metà, non sarebbe una causa di rivocazione. La quistione fu discussa nel consiglio di stato di Francia, e risoluta contro l'erede. La sezione di legislazione propose l'art. 783 (700) tal quale trovasi nel codice, val dire colla sola eccezione per la scoperta del testamento. Messo a discussione l'art., il processo verbale si esprime così: « Real » vorrebbe che l'erede potesse anche rivenire sulla sua accettazione, qualora apparisse » un credito che non era stato conosciuto al momento dell'accettazione, e che assorbisse » o diminuisse oltre la metà la successione — Il credito produce, nell'ipotesi, lo stesso » male che il testamento, e l'eccezione *della non conoscenza* è di un'applicazione più fa- » vorevole e più naturale, quando si tratta di un credito, che quando trattasi di un te- » stamento. Quasi sempre il testamento si trova nelle carte che lascia il defunto, e se sia » stato ricevuto da un notaio, lo è quasi sempre dal notaio che gode la confidenza del te- » statore, che conserva gli originali degli altri atti ch'egli à fatto, e che è il più delle » volte il notaio del suo ultimo domicilio, e questo notaio sarà quasi sempre quello che fa- » rà l'inventario; quindi è da presumersi che il testamento sarà sempre o quasi sempre » conosciuto. E pure si crede necessario di presentare un'eccezione per lo caso in cui non » fosse conosciuto.

» A più forte ragione una tale eccezione dee accordarsi all'erede, quando un credito » ignoto assorbisca la successione. Il creditore può esser molto lontano; può non avere che » un titolo privato, ed anche supponendo il titolo autentico, questo può essere stato rice- » vuto da un notaio che dimori alla distanza di cento leghe dall'ultimo domicilio di colui » che lo avrà sottoscritto. Finalmente il creditore che vorrà trovare nella persona e nella » fortuna personale dell'erede una novella garantia, serberà per molti anni un profondo » silenzio; laddove il legatario non à questo interesse. Si dee dunque fare per lo credito » almeno quello stesso che si fa pel testamento.

Fu risposto dal sig. Tronchet: « che il favore reclamato in riguardo a' crediti imbarazzerebbe di troppo l'andamento degli affari, e che il rimedio contro l'inconveniente di » cui era parola, poteva essere l'accettazione col beneficio dell'inventario ». In seguito di queste osservazioni l'art. fu adottato: Locré, t. 5, p. 61 e 62, n. 18.

Che perciò tutti gli autori convengono che qualunque fosse il numero de' debiti non conosciuti al tempo della successione, non è un motivo di rivocazione: Maleville sull'art. 783 (700) e Chabot su detto art. n. 8: Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 127: Duranton, t. 6, num. 459.

IV. Da ultimo convien esaminare, se la quota di colui che si è fatto restituire contro l'accettazione si accresca di pieno dritto a'suoi coeredi, o pure costoro possono rifiutarla. Le leggi romane decidevano che la quota di colui che si faceva restituire contro l'accettazione non si accresceva agli altri: essi potevano abbandonarla a'creditori della successione per evitare l'aumento de' pesi che sarebbero la conseguenza di questo accrescimento; l. 61 e 98, ff. *de acquir. hered.* Toullier, t. 4, n. 336, opina che oggi debbe decidersi nello stesso modo; ma altri autori che ànno scritto sotto l'impero del codice osservano che bisogna far distinzione tra i coeredi che ànno accettato l'eredità *dopo* l'accettazione di colui che di poi à ottenuto la restituzione, ed i coeredi che ànno accettato *prima*. Coloro che ànno accettato *dopo* o *simultaneamente* con colui che si è fatto restituire, ànno la scelta di abbandonare o di accettare la quota del restituito, perciocchè essi non ànno inteso di accettare che la porzione de'beni loro devoluta: eglino non potevano prevedere che il loro coerede si farebbe restituire, e perciò non debbono soffrire alcun danno per la di lui restituzione. I coeredi poi che aveano accettato *prima*, debbono necessariamente per dritto di accrescere ricevere la quota di colui che si è fatto restituire; perciocchè essendo stati i primi ad accettare, si sono sottoposti a tutte le conseguenze di tale accettazione che abbracciava l'eredità intera: e siccome, ove il loro coerede avesse in seguito rinunziato, sarebbono stati eglino eredi per l'intero, così debbono esserlo del pari, allorchè quel coerede, il quale non à accettato che dopo di essi, è stato poscia autorizzato a rinunziare, fa-

le eredità che non eccedono il valore di ducati trecento, potrà farsi nel modo stesso presso la cancelleria del giudice di circondario rispettivo (1).

702. L'erede che rinunzia, è considerato come se non fosse mai stato erede (2). V. l'art. 709.

cendo rivocare la sua accettazione. Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 127. Chabot ibid, n. 9. Duranton, t. 6, n. 464.

(1) I. Le leggi romane ammettevano la rinunzia *tacita* nello stesso modo come riconoscevano l'accettazione tacita. A'termini della l. 95, ff. *de adquirenda vel omitt. heredit.* si poteva rinunciare ad un'eredità, non solamente con una dichiarazione espressa, ma anche con un fatto che manifestasse, in qualsivoglia modo l'intenzione di non esser erede: *recusari hereditas, non tantum verbis, sed etiam re potest et alio quovis indicio voluntatis.*

Alcune consuetudini della Francia non riconoscevano la rinunzia tacita. Dovendo gli autori del codice adottare un principio generale, stimarono di stabilire che la rinuncia non devesi presumere. « La legge, disse Chabot col suo rapporto al tribunato, accorda all'erede un dritto reale; egli è in possesso della successione dal momento in cui fu aperta, ed ei non può esser privato del dritto, nè perdere il suo possesso se non vi à espressamente rinunciato. Chiamato dalla legge, appartiene a lui di spiegarsi. Fa d'uopo che i creditori dell'eredità riconoscono quello verso del quale debbono dirigersi ». Locré 5, p. 120, n. 33.

La rinuncia deve farsi in cancelleria dal rinunziante o da persona munita di procura speciale, la quale dev'essere annessa al registro, art. 1860. Chabot, sull'art. 784 (701), n. 4 e gli autori delle pandette francesi esigono che la procura sia autentica; ma non avendo la legge richiesto espressamente che la procura sia autentica, come à fatto nell'art. 857, si rimane ne'termini del dritto comune, il quale si contenta di una scrittura privata, art. 1857. Duranton, t. 6, n. 472.

La rinuncia che non fosse fatta nella cancelleria del tribunale del luogo in cui si è aperta la successione, non potrebbe opporsi a' terzi; ma potrebb'esserlo a colui che à rinunziato? La negativa viene insegnata da Toullier, t. 4, n. 338, e dagli autori delle pandette francesi sull'art. in esame. Questa dottrina sembra erronea, perciochè essendosi la formalità dell'art. 701 prescritta per avvertire i terzi, che non debbono dirigere le loro azioni contro gli eredi presuntivi che ànno rinunziato, segue che il rinunziante non può opporre la mancanza di una formalità prescritta unicamente nell'interesse de' terzi; argomento degli art. 214, 1079, 865. Si è quindi ben deciso dalla cass. di Parigi agli 11 agosto 1825 « che dall'art. 784 (701) non è in alcun modo proibito ad uno o più degli abili a succedere di obbligarsi in virtù di contratti particolari, e specialmente per mezzo di transazione, verso gli altri abili a succedere, e di non dichiararsi erede » Dalloz, *réc. pér*, 1825, l. 140.

II. Le osservazioni fatte negli art. 691, 693, 700 sulle epoche nelle quali possono le accettazioni esser valide, sulla capacità di accettare, o sulla irrevocabilità dell'accettazione, si applicano egualmente alle rinuncie. Quindi

1.° Non si può rinunciare ad una successione prima della sua apertura, perchè *quod quis, si velit, habere non potest, id repudiare non potest*, l. 174, § 1, ff. *de R. J.*: vedi altresì le ll. 4 e 18, ff. *de adq. vel omitt. hereditate*. Del pari non si può rinunciare dall'erede ad una successione aperta prima che fosse adempita la condizione sotto la quale vi è stato chiamato: ed una simile rinuncia non formerebbe alcun ostacolo perchè si accettasse la successione dopo l'adempimento della condizione; l. 4 e 13, ff. *de adquirenda et omitt. heredit.*; l. 45, § 1, ff. *de legatis*, 2.

2.° La rinunzia dev'essere pura e semplice, l. 77, ff. *de R. J*, non potendo l'erede apporre una condizione a'dritti del terzo.

3.° La rinunzia è irrevocabile, l. 7, C. *de dolo*, a meno che non sia l'effetto del dolo o della violenza, art. 700, 1063 e 1065—Unica eccezione a questo principio è nell'art. 707.

Si può altresì rivocare la rinuncia quando l'erede avea rinunziato per un errore di fatto, come p. e. se era comparso un testamento falso, che avrebbe assorbito la maggior parte dell'eredità, l. 4, ff. *de juris et facti ingnorantia*; arg. dell'art. 700. Toullier, t. 4, n. 151; Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 185; Malpel, n. 338—Di contrario avviso è Chabot, ibid., n. 6, per la debole ragione che l'erede prima di rinunziare poteva esaminare se il testamento era vero o falso.

4. La rinuncia essendo un'alienazione, perchè non può rinunciare che chi à la facoltà di accettare, l. 4, e 18 *de adq. vel omitt. hered.*, ne segue che le donne maritate, i minori, gl'interdetti, gl'individui assistiti da un consulente non possono rinunciare che con le formalità prescritte dagli art. 206, 384, 407, 422, 432, 436.

(2) In conseguenza di questo principio, se l'erede rinunziante avesse provvisoriamente

703. La parte del rinunziante si accresce a'suoi coeredi (1): se è solo, si devolve al grado susseguente (2).

V. l'art. 666. 704. Non si succede giammai, rappresentando un erede che ha rinunziato: se il rinunziante è il solo erede nel suo grado, o se tutti i coeredi rinunziano, subentrano i figli per diritto proprio, e succedono per capi (3). V. l'art. 665.

705. I creditori (4) di colui che rinunzia ad una eredità in pregiudizio (5) dei

---

amministrato i beni della successione a'termini dell'art. 696, deve render conto come ogni altro amministratore della cosa altrui, perchè per effetto della rinuncia è considerato come un estraneo.

(1) I quali non possono rifiutare la parte che il rinunziante abbandona, perchè l'accettazione essendo indivisibile, l'accrescimento si effettua malgrado i coeredi, l. 23 e 55, ff. *de acquir. vel omitt. hered.* Chabot, sull'art. 786 (703) n. 9. Toullier, t. 4, n. 343.

Se poi i coeredi sieno obbligati di accettare la quota di colui che fa rivocare la sua accettazione in conseguenza dell'art. 700, vedi la nota 4, p. 291 e 292, n. IV.

(2) I parenti cui si devolve l'eredità per la rinunzia dell'erede più prossimo, sono chiamati alla successione per dritto proprio, e non possono esserlo per dritto di rappresentazione, non potendosi rappresentare un erede che à rinunziato; art. 666 e 704.

(3) Segue da questo art. ch'è una conseguenza degli art. 666 e 703

1.° Che se il rinunziante non è il solo erede, la sua quota si accresce al coerede, nè i figli del rinunziante possono rappresentare il padre. Così Tizio morendo lascia due figli, Mevio e Cajo: se Cajo rinunzia, tutta l'eredità viene raccolta da Mevio, nè i figli di Cajo possono per dritto di rappresentazione prendere la quota che sarebbe spettata al padre rinunziante, non potendosi rappresentare l'uomo vivente. Quando nel Consiglio di Stato di Francia si discusse questo articolo, il consigliere Jollivet e'l console Cambacérès desideravano che i figli del rinunziante non fossero privati della quota dovuta al loro padre; ma Berlier dimostrò che il progetto dell'art. era in armonia con tutt'i principî della materia, e che d'altronde i figli del rinunziante non potevano venire per dritto di rappresentazione per due motivi: 1.° che non si può rappresentare l'uomo vivente: 2.° che non si può esercitare un dritto consumato dalla persona sul cui capo riposa tutto intero. Queste ragioni prevalsero, ed il progetto dell'art. fu adottato dal consiglio. Locré, t. 5, p. 62 e 63, n. 23.

2.° Che quando il rinunziante è il solo erede, o pure quando tutt'i coeredi rinunziano, i loro figli succedono per dritto proprio, e quindi per capi, art. 665. Così, se nel proposto caso, i due coeredi Mevio e Cajo rinunziano, e Mevio à quattro figli, e Cajo uno, l'eredità si divide per capi, ossia in cinque parti, perchè tutti succedono per proprio dritto.

Qui è da notarsi, che se i rinunzianti sono figli naturali di colui della cui successione si tratta, i loro figli anche legittimi non possono per dritto proprio raccogliere la eredità, perchè non essendo parenti del defunto, non possono per dritto proprio pretendere cosa alcuna nella costui eredità, art. 677.

(4) Per drittó romano i creditori non erano ammessi ad accettare un'eredità devoluta al loro debitore che rinunziava, pel motivo che il debitore non si considerava di defraudare i suoi creditori omettendo di acquistare; li defraudava lasciando perdere ciò che avea; l. 6, ff. *quae in fraudem*, e l. 17, *si quis omis.*

È più ragionevole la disposizione del codice moderno. È nel suo spirito però, che i creditori debbono essere forniti di un titolo autentico o di una data certa anteriore alla rinuncia, art. 1282, altramente il debitore potrebbe con atti simulati impugnare indirettamente la rinuncia fatta. Chabot, sull'art. 788 (705) n. 8. Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 187. Toullier, t. 4, n. 348 e 349. Duranton, t. 6, n. 512 e 514.

Se poi la successione non fosse stata ancora accettata da' parenti a'quali profitterebbe la rinuncia, tutt'i creditori anteriori e posteriori potrebbero accettare l'eredità devoluta al loro debitore, poichè in questo caso i creditori eserciterebbero per effetto dell'art. 1119 le ragioni del loro debitore. Proudhon, *de l'usufruit*, n. 2316. Duranton, t. 6, n. 519 e 520.

Non è indispensabile che la domanda sia fatta da tutti i creditori del rinunziante; ma la rivoca giova soltanto a que'creditori che l'ànno provocata. Chabot, ibid. n. 4. Duranton, t. 6, n. 513.

(5) La parola *in pregiudizio* à fatto dire a Duranton, t. 6, n. 511, che il codice non esige che per ammettersi l'accettazione de'creditori si deve provare che il loro debitore abbia rinunziato con lo scopo di frodare; basta che vi abbia rinunziato in loro *pregiudizio*, e vi può essere pregiudizio pe'creditori dell'eredità, senza che nondimeno per parte del debitore rinunziante vi sia stata intenzione di frodarli. Questa dottrina si allontana dagli antichi principî, secondo i quali per ammettersi l'azione rivocatoria si richiedevano il

loro diritti, possono farsi autorizzare giudizialmente (1) ad accettarla in nome e luogo del lor debitore (2). V. gli art. 779, 802 e 1120.

In questo caso la rinunzia è annullata, non in favore dell'erede che vi ha rinunziato, ma solamente a vantaggio de'suoi creditori, e per la concorrente quantità de'loro crediti (3).

706. La facoltà di accettare o di rinunziare ad una eredità si prescrive collo scorrimento del tempo richiesto per la più lunga prescrizione de'diritti su' beni immobili (4). V. l'art. 2168.

---

concorso della diminuzione del patrimonio e l'intenzionè di frodare, *consilium fraudis et eventus damni*, ll. 1 e 10, ff. *quae in fraudem*; mancando una di queste due cose l'azione non era ammessa: *fraudis interpretatio semper in jure civili, non ex eventu dumtaxat, sed ex consilio quoque consideratur*, disse Papiniano nella l. 79. ff. *de R. I.* Questo principio è stato ritenuto nelle nuove leggi, come risulta dal complesso degli art. 1120, 547, 802, 1411, e dottamente sviluppato da Toullier analizzando *il titolo de' contratti*, t. 6, n. 348 e seg. Egli è vero che ne'citati art. il legislatore à fatto uso della parola *frode* per indicare che al pregiudizio deve andare unita la intenzione di frodare, e nell'art. in esame evitando la parola *frode* si è servito della frase *in pregiudizio*. Ma sarebbe una interpetrazione troppo gramaticale quella di attenersi alla parola di un articolo, quando i principi generali del codice sono consoni all'antica dottrina.

(1) Dal tribunale del luogo in cui si è aperta la successione. Chabot, ibid, n. 3, opina che l'autorizzazione possa accordarsi a'creditori con una semplice sentenza sopra ricorso, salvo l'opposizione al rinunziante o a'suoi coeredi. Non sembra adottabile questa opinione: l'azione de'creditori con cui chieggono di accettare l'eredità devoluta al loro debitore che vi à rinunziato, è una contestazione essenzialmente contenziosa, nella quale ànno il dritto d'intervenire sì il rinunziante, che i suoi coeredi, i quali ponno opporre la validità de'crediti, la preliminare discussione de'beni del debitore. Dippiù, convenendo Chabot che la sentenza sarebbe suscettibile di opposizione, è chiaro che la opposizione compete alla parte che avrebbe dritto di essere intesa. Che perciò l'autorizzazione dovendo procedere in conseguenza di un giudizio, debbonsi seguire le forme ordinarie con citazione a' legittimi contradittori.

Se poi la successione non fosse stata accettata da' parenti a' quali profitterebbe la rinuncia, i creditori non avrebbero bisogno di ricorrere alla giustizia per far annullare la rinuncia ed accettare la successione fino alla concorrenza de'loro crediti; perciocchè in questo caso eserciterebbero le ragioni dovute al loro debitore, art. 1119. Proudhon, *de l'usufruit*, n. 2315. Duranton, t. 6, n. 519.

(2) Egli è certo che i creditori del debitore rinunziante debbono provare la costui insolvibilità e discutere i suoi beni propri, altrimenti non vi sarebbe pregiudizio. Toullier, t. 4, n. 348, e t. 6, n. 346 e 347. Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 186. Duranton, t. 6, n. 511. Proudhon., n 2314.

(3) Segue dal secondo comma dell'articolo:

1.° Che i creditori non potendo prendere sulla successione che fino alla concorrenza di quanto loro è dovuto dall'erede che à rinunziato, e non già tutta la porzione che avrebbe questi potuto conseguire, non sono eredi, e quindi non vanno soggetti alle obbligazioni cui è sottoposto un erede. Se però si fossero messi in possesso di tutta l'eredità o della parte donata al loro debitore, senza farne constare il valore, sarebbero soggetti a tutt'i pesi ereditari, per la ragione che non avendo fatto constare il valore, non sarebbero ammessi a dire che tal valore fosse meno considerevole de' pesi e debiti. Chabot, ibid, n. 7.

2.° Che soddisfatti i creditori del rinunziante, il dippiù si accresce a' costui coeredi:

3.° Che i coeredi possono impedire l'intervento de' creditori del rinunziante, con pagarli. Toullier, t. 4, n. 349; Chabot, ibid, n. 3, Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 189; Duranton, t. 6, n. 517.

4.° Che in fine i creditori del rinunziante esercitandone le ragioni, possono intervenire ne'conti, nelle divisioni, nel partaggio, art. 802,

(4) Questo articolo è uno de' più difficili del codice, ed à dato luogo a cinque diverse interpetrazioni.

Prima opinione—Dopo un silenzio di 30 anni, l'abile a succedere sarebbe ad un tempo riputato accettante o rinunziante, secondo l'interesse de'terzi: accettante, riguardo a' creditori dell'eredità; rinunziante, riguardo ad un abile a succedere più remoto o ad un terzo che si fosse impossessato de' beni ereditari. Questa dottrina insegnata dagli autori delle pandette francesi sull'art. 789 (608) e da Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 149 è stata rigettata da tutti gli autori, poichè produttiva delle più strane conseguenze: l'erede da una

V. la nota all'art' precedente.

707. Sino a che il diritto di accettare una eredità non sia prescritto, gli eredi, tuttochè vi abbiano rinunziato, possono ancora accettarla, quando essa non sia già stata accettata da altri eredi; senza pregiudizio per altro

---

parte si vedrebbe ridotto a sopportare tutto il passivo dell'eredità, e dall'altra parte non avrebbe dritto di raccogliere cosa alcuna dell'attivo.

Seconda opinione—L'art. 706 è applicabile al caso in cui la successione venisse occupata da una persona diversa dall'erede il primo chiamato: se è un erede del grado successivo, non potrà essere spogliato dopo i 30 anni. Ma se è un estraneo, potrà essere spogliato dal primo chiamato, in sino a che non sarebbe garantito da un possesso di 30 anni. In quanto a' creditori, l'erede che non à rinunziato ne' 30 anni, non è più in facoltà di rinunziare—Questa interpetrazione è stata giustamente riputata arbitraria, poichè limita ad una ipotesi particolare una disposizione assoluta, limita l'effetto della prescrizione a favore di talune persone, divide la qualità di erede.

Terza opinione—Vazeille, *traité de la prescription*, à sostenuto che la legge non rende eredi di dritto coloro pe' quali sono scorsi 30 anni senza che abbiano agito e senza che sieno stati convenuti in giudizio sotto tal qualità; ma essa autorizza i creditori a costringere l'abile a succedere a spiegarsi. Si può supporre perciò che l'art. 706 abbia per oggetto di porre un termine all'esitazione dell'abile a succedere, e di far sì che quando è stato convenuto in giudizio, e sono spirati i termini che à ottenuti, perda la facoltà di ripudiare, e sia inevitabilmente erede in capo a 30 anni. In tale situazione, se mai può esservi, sarà applicabile l'art. 706; fuori di ciò non si ravvisa che sia applicabile relativamente alla facoltà di ripudiare.

A questa opinione si è risposto, che il caso preveduto è così raro, che lo stesso Vazeille dubita se si verifica. Or non può supporsi che il legislatore abbia avuto in mira una ipotesi chimerica; *quod bis, aut semel extitit, praetereunt legislatores.*

Quarta opinione—Chabot, sull'art. 789 (706) presenta la seguente interpretazione. L'articolo non dice che la facoltà di accettare *E* la facoltà di rinunziare si prescrivono; esso dice che la facoltà di accettare *O* di rinunziare si prescrive; il che significa che dopo il termine di 30 anni, facoltà data dalla legge all'erede presuntivo, *O* di accettare la successione deferitagli, *O* di rinunziarla, si trova estinta dalla prescrizione; e che perciò, quando l'erede à lasciato passare 30 anni, senza aver fatto la sua scelta, in difetto di rinunzia espressa si trova egli erede definitivo, ed assoggettato a tutte le obbligazioni che ne derivano, benchè non abbia fatto alcun atto di erede, poichè non avendo più la facoltà di rinunziare, trovasi necessariamente erede.

Questa verità, continua Chabot, si raccoglie dal complesso degli art. 692, 645, 701 e 714. La facoltà di accettare può prescriversi ancora, ma nel solo caso dell'art. 707; quando cioè l'erede avesse rinunziato ne' trent'anni, senza che l'eredità fosse accettata dagli altri eredi. Quindi conchiude, che la disposizione dell'art. 706 dev'essere intesa ed applicata distributivamente in questo senso: 1.° che la prescrizione della facolta di rinunziare è acquistata contro l'erede presuntivo il quale per 30 anni non à manifestato, con una rinunzia espressa, la sua volontà di non esser erede; egli è allora riguardato di aver tacitamente accettato, di essere definitivamente erede; 2. che riguardo alla facoltà di accettare, questa non è prescritta, dopo i 30 anni, che contro l'erede il quale in questo intervallo à rinunziato, e che in conseguenza questo erede non può più far uso del beneficio accordato dall'art. 707.

È una conseguenza necessaria adunque del sistema di Chabot; 1.° che la facoltà di accettare non si prescrive contro l'erede, che nel solo caso in cui avesse ne' 30 anni rinunziato; 2.° che l'erede decaduto dalla facoltà di rinunziare dopo 30 anni, è tenuto al pagamento de' debiti anche *ultra vires*, se non à accettato dopo 30 anni col beneficio dell'inventario; 3.° che i terzi possessori degl' immobili ereditari potrebbero essere evitti dall'erede che accetta dopo i 30 anni, a meno che i terzi abbiano un possesso continuo di 30 anni dal dì dell'apertura della successione.

Questo sistema di Chabot non ci sembra esatto; sarà confutato or ora nella esposizione della quinta opinione sulla intelligenza dell'art. in esame.

Quinta opinione—L'abile a succedere dopo 30 anni diviene estraneo alla eredità, e dev'essere considerato come non fosse stato chiamato mai a raccoglierla; non può dunque accettarla dopo questo elasso di tempo, e per questo solo motivo non può rinunziarvi, secondo la regola: *quod quis si velit habere, non potest, repudiare non potest*. È questa la dottrina di Malpel, n. 336, seguito da Duranton, t. 6, n. 488.

Questa opinione è la nostra. Conviene però darle degli utili sviluppamenti, poichè Malpel e Duranton non ànno trattato la quistione con i veri principi, e gli argomenti da loro esposti sono troppo deboli per rovesciare gli altri sistemi, massime quello di Chabot.

delle ragioni acquistate da terze persone sopra i beni della eredità, tanto in vigore della prescrizione, quanto in forza di atti validamente fatti col curatore destinato alla eredità giacente.

Cominciamo dall' antico dritto, e non sarà indi molto difficile indagare lo spirito del codice attuale.

Il dritto di accettare un'eredità alla quale si era chiamato dalla legge, era prescrittibile per dritto romano? La legge 8, Cod. *de jure deliberandi* si esprime così: *licet in continenti sui heredes se paternis non immiscuerint bonis: tamen ignorantes delatam sibi esse hereditatem, longi temporis praescriptione, quo minus hanc recte vindicent, excludi non possunt.*

Alcuni autori àn creduto che secondo questa legge, niuna prescrizione può esser di ostacolo all' erede presuntivo per accettare l'eredità che gli è deferita. Ma essi fanno di questa legge un' applicazione visibilmente falsa: la citata legge non favella che della prescrizione *longi temporis*, val dire della prescrizione di dieci anni fra presenti e venti fra gli assenti; così che ne conchiude Gotofredo sulla legge citata, che la prescrizione trentenaria è applicabile all'adizione di eredità, e cita la l. 3. C. *de praescriptione 30 vel 40 annorum*, per effetto della quale il trascorrimento di 30 anni è il termine fatale di tutte le azioni reali e personali.

Nè diversamente la citata l. 8, C. *de jure deliberandi* è stata intesa da Perezio, lib. 6, tit. 30, n. 35. Questo giureconsulto dimostr'anch'egli che l'erede il quale non à per 30 anni adito l'eredità n'è escluso: *cum enim textus ipse neget suos heredes excludi praescriptione longi temporis, INDICAT eos excludi PRAESCRIPTIONE LONGISSIMI TEMPORIS, alioquin non longi, sed longissimi temporis mentionem facere debuisset.*

Non abbiasi a credere che Cujacio avesse professato una dottrina contraria, che cioè il dritto di accettare un' eredità sia perpetuo, per aver detto nel titolo del codice *de jure deliberandi*: *jus adeundae hereditatis est perpetuum.* Imperciocchè le azioni che le leggi romane ed i loro interpetri qualificano come *perpetue*, non sono perciò imprescrittibili: questa voce *perpetue* significa solamente ch'esse non si prescrivono che con 30 anni; ed il Presidente Fabro, Cod. lib. 6, tit. XII, defin. 16 ne fa espressamente l'osservazione nell'adizione di eredità di cui riguarda prescritta la facoltà dopo l'elasso di 30 anni: *salvum heredi erit jus adeundi quandocumque, dummodo intra annum trigesimum*: e nella nota spiega così: *jus enim adeundi praescribitur hodie spatio triginta annorum, ut et coetera jura PERPETUA;* cita la l. 3, C. *de praes 30 vel 40 annorum*, e la l. 7. C. *de hered. petit.*

Voet dice la medesima cosa nel titolo *de jure deliberandi*, n. 1: *uti facultas adeundi totis 30 durat annis, ita quoque deliberandi jus ipsi cohaerens hereditatis delatione;* e più sotto: *hodie quoque jus deliberandi, nemine urgente, totis 30 annis durat.*

È dunque dimostrato che per dritto romano il dritto di adire l'eredità si prescriveva con 30 anni.

L'art. 706 delle leggi civili à inteso di modificare l'antica dottrina? Il processo verbale del consiglio di Stato di Francia non presenta all'uopo alcuna discussione, ed i discorsi degli oratori non danno a divedere cosa alcuna sulla vera intelligenza dell' articolo. Bisogna adunque fermarsi al testo dell'art. 706, il quale ravvicinato all' art. 707 sembra di essere una ripetizione delle antiche massime.

La facoltà di accettare o di rinunziare si prescrive, dice l'art. 706. La prescrizione adunque colpisce sì la facoltà di accettare che quella di rinunciare, e per qual motivo? Dopo 30 anni l'erede presuntivo è riputato come un estraneo, e come tale non può esercitare la facoltà di accettare o di rinunziare Se fosse vero il sistema di Chabot che dopo 30 anni l'erede presuntivo rimane erede definitivo e perde la facoltà di rinunziare, l'art. si sarebbe limitato a colpire di prescrizione *la facoltà di rinunziare* soltanto. Ma no: l'art. dice che si prescrive anche la *facoltà di accettare*, ossia la prescrizione fa perdere il dritto acquistato dall'erede in tempo dell'apertura della successione.

Oppone Chabot, che per l'art. 645 l'erede à acquistato *ipso jure* il dritto all'eredità, e per l'art. 701 la rinunzia dovendo essere espressa, segue che non essendosi per 30 anni rinunziato, si perde la facoltà di rinunziare per essere rimasta definitiva la qualità di erede. A questa obiezione si risponde, che il possesso legale che si opera nella persona dell' erede, non è assoluto: esso è subordinato pel suo effetto, all' evento dell' accettazione o del ripudio; e quando, mercè l'autorità della prescrizione di 30 anni, il dritto di accettare è annientato, il possesso legale si cancella da se medesimo: esso è riputato non aver mai esistito; e l'erede contro il quale questa prescrizione è corsa trovasi nel punto stesso come se fin dal principio egli avesse ripudiato la successione.

Spiega più chiaramente questo pensiero l'art. 707, redatto con maggior chiarezza del-

V. gli art. 876, 1084, 1343 e 1445.

708. Non si può, nè pure nel contratto di matrimonio, rinunziare alla eredita di un uomo vivente, nè alienare i diritti eventuali che si potrebbero avere a tal successione (1).

---

l'art. 790 del codice francese, il quale diceva così: *in sino a che il dritto di accettare un'eredità non sia prescritto contro gli eredi che vi ànno rinunziato* ec. A dir il vero, questa redazione poteva forse prestarsi alla opinione di Chabot, val dire che il dritto di accettare si prescrive nel solo caso in cui l'erede avendo rinunziato, dopo 30 anni si affaccia per accettare l'eredità che altri non ànno accettato ne' 30 anni. Ma il nostro art. à adoperato una redazione più chiara: *sino a che il dritto di accettare una eredità non sia prescritto, gli eredi, tuttochè vi abbiano rinunziato, possono ancora accettarla*. L'art. adunque stabilisce in termini positivi la prescrizione del dritto di accettare: ammette inoltre l'erede rinunziante ad accettare ne' 30 anni l'eredità da altri non adita, formando un'eccezione alla regola della irrevocabilità della rinunzia.

Suppongasi per poco che fosse vera la dottrina, che dopo 30 anni l'erede che non à manifestato la sua volontà di accettare, rimanga erede definitivo; e che intanto l'erede nel grado immediato avesse accettato nel ventinovesimo anno dal dì dell'apertura della successione; al 58.° anno avrebbe il primo erede l'azione di petizione di eredità, perciocchè il secondo erede non vantando un possesso continuo di 30 anni non potrebbe invocare il favore della prescrizione. Dunque la proprietà sarà sempre incerta, il dritto di petizione di eredità per l'erede presuntivo che non si presenta non dura 30 anni, ma potrebbe rendersi perpetuo.

Un ultimo argomento ci sembra decisivo. L'art. 707 fa correre la prescrizione, anche mentre la successione è amministrata da un curatore. Nel rigore de' principi, essa dovrebbe tacere per tutto questo tempo: la prescrizione non può farci perdere i beni o i diritti che ci appartengono, se non per investirne colui che li à posseduti a danno nostro. Se dunque niuno à posseduto pel corso di 30 anni, i beni o i dritti de' quali si è negletto il godimento, questi beni non sono esciti dal nostro dominio, e rimangono sempre a nostra disposizione. Per quanto queste ragioni fossero gravi, pure l'art. 707 fa perdere con la prescrizione il dritto di accettare una successione pendente la sua vacanza, e non ostante che fosse amministrata da un curatore.

Crediamo quindi di aver dimostrato che il dritto di adizione dell'eredità si prescrive in 30 anni contro l'erede apparente, anche nel tempo che la successione rimane vacante.

(1) I. I patti sulla successione dell'uomo vivente erano nulli per dritto romano, l. 15, C. *de pactis*; l. 3, C. *de collat.*, l. 35 § *illud*, C. *de inoff. testam.*, l. fin. ff. *de suis et legit. hered.* E sebbene sia opinione comune che con la l. ult. C. *de pactis*, Giustiniano stabilì, che i patti sulla successione fossero valevoli se vi fosse intervenuto il consenso di colui della cui successione si tratta, e che il patto di *non succedere* non valevole, il presidente Fabro (*de erroribus pragmaticorum, Decad.* 12, error 3 e 4) à dimostrato che per regola generale i patti di succedere e di non succedere eran invalidi, e la specie della l. ult. C. *de pactis* non risguarda il patto di succedere ad un uomo vivente, ma riguarda due specie di patti con la condizione che dì già sia morto colui della cui eredità si tratta. È certo però, che se per la legge ult. C. *de pactis* era valido il patto in esame, quantevolte vi interveniva il consenso di colui della cui successione si trattava, è altresì vero che la validità del patto era subordinata alla perseveranza della sua volontà; così che non gli era interdetto di mutare volontà, e di disporre de' beni con testamento.

Ma i chiamati ad una sostituzione permessa dagli art. 1003 e 1004 potrebbero rinunziare a favore del gravato, poichè succedendo essi per dritto proprio al disponente, non potrebbe la rinuncia considerarsi come fatta all'eredità di un uomo vivente. Toullier, t. 5, n. 801.

II. Fra le infinite controversie che la patria legislazione presentava in materia di successione, eranvi quelle delle rinuncie che le donne facevano con giuramento passando a marito o professando vita religiosa, ad ogni successione de' genitori e de' collaterali, ed al supplemento ancora della legittima. Queste rinuncie che sacrificavano evidentemente i dritti delle femmine furono introdotte dopo che prevalse lo spirito della conservazione de' beni nella famiglia.

Il codice moderno è ritornato alla purità del dritto romano; che anzi si mostra più severo. « Aveano gli usi imaginato, disse Chabot nel suo rapporto al Tribunato, un nuovo » mezzo per escludere le femmine dalla successione; ciò consisteva nel far loro rinunziare » nel contratto di matrimonio a delle eredità ancorchè non aperte.

» È chiaro che tali rinunzie, contrarie al principio generale che non permette di rinunciare la successione di un uomo vivente, aveano eguale origine, e motivi dell'esclusio-

709. Gli eredi che avessero sottratto o nascosto cose spettanti ad una eredità, decadono dalla facoltà di rinunziarvi. Restano eredi puri e semplici non V. l'art. 718.

» ne sanciti dagli usi; non era che per conservare a'maschi e specialmente al primogenito » una fortuna, onde conservare lo splendore ed il nome della famiglia. Queste rinunzie » cui si obbligavano le femmine di sottoscrivere ne' lori contratti di matrimonio, senza le » quali non si permetteva loro di maritarsi, aveano egual difetto d'ingiusto e di feudale » che le esclusioni di uso; ferivano del pari la natura e l'eguaglianza, e bisognava del pa» ri proscriverle » Locré t. 5, p. 121, n. 43.

III. L'art. in esame, uniforme all'art. 791 del codice francese, fece nascere la quistione, se le rinuncie fatte dalle donne maritate avanti la pubblicazione del codice civile fossero ad esse di ostacolo a conseguire ciò che loro è dovuto sulla eredità de' genitori ai termini della legge vigente all'epoca dell'apertura della successione. La quistione è stata risoluta con decreto de' 4 marzo 1817, ne'seguenti termini:

» I numerosi e continui richiami a Noi pervenuti dopo il nostro felice ritorno in questi » reali domini, sulla efficacia o inefficacia delle rinunzie stipulate dalle donne maritate » prima della pubblicazione del codice civile provvisoriamente in vigore, alle successioni » de'loro ascendenti aperte sotto l' impero del medesimo, àn richiamato la nostra sovrana » attenzione, e ci ànno quindi determinato a pubblicare una dichiarazione, la quale po» nendo un termine alla quistione insorta, facesse conoscere altresì il vero spirito e la ve» ra applicazione da farsi delle nuove leggi successorie.

» Guidati da'principi inconcussi della giustizia universale, non meno che da quelli sta» biliti nelle antiche e nuove leggi, Noi abbiamo considerato, che per effetto degli editti » successori ch'erano precedentemente in osservanza in questa parte de' nostri domini, le » donne erano escluse dalla successione degli ascendenti nel concorso de maschi. Abbia» mo considerato inoltre che le successioni *debbono esser sempre regolate con quelle leg» gi che àn vigore nell'epoca in cui si deferiscono*. Quindi abbiamo risoluto di *decretare » e decretiamo* quanto siegue:

» Art. 1. Le rinunzie delle femmine maritate prima del codice civile provvisoriamente » in vigore, non ànno ricevuto per tale avvenimento alterazione o cambiamento alcuno.

» 2. Esse non sono di ostacolo alle femmine per conseguire ciò che alle medesime è do» vuto sulla eredità de' genitori, a' termini delle leggi vigenti al tempo dell'aperta suc» cessione.

» 3. Tutti i giudicati, le transazioni, le convenzioni, le divisioni di eredità bonariamente » eseguite, le sentenze arbitramentali, ed in generale qualunque atto per legge irretrat» tabile caduto sull'oggetto da Noi definito, restano nel loro pieno vigore, e non potranno » essere impugnati per effetto della dichiarazione e delle massime stabilite ne'due prece» denti articoli ».

La giurisprudenza à applicato e sviluppato i principi additati nell'enunciato decreto, nel seguente modo:

1.° Che le rinunzie fatte sotto l' impero delle vecchie leggi *alle successioni de' collaterali* non possono essere operative in quanto alle successioni aperte sotto l'impero *delle nuove leggi pe'beni siti nel distretto napoletano*, poichè le donne essendo dalla consuetudine escluse dalla successione de' collaterali (v. la nota 1, pag. 277 e 278) non potevano rinunciare a quello che non aveano. E comunque il decreto de' 4 marzo 1817 abbia parlato delle successioni *agli ascendenti* che le donne sotto l'impero dell' antica legge non aveano quando esistevano maschi (vedi la nota 1, pag. 265), *pure la ragione del decreto è comune anche alle successioni de'collaterali relativamente a'beni siti nell'antico distretto napoletano*: Arresti della Corte Suprema di Giustizia di Napoli, de' 23 giugno 1821, (causa tra *Volpicelli e della Camera*); 4 febbrajo 1834 (causa *Jannotti e di Marsilio*).

2.° Che a'*figli eredi della madre* non possono essere di ostacolo le rinunzie della genitrice alle future successioni, quando queste siensi *aperte dopo la morte di colei che promise, o che fece la rinunzia*. Arresto citato del 4 febbrajo 1834.

2.° Che ove si tratti di successione de'collaterali a'beni *extra districtum Neapolis*, aperta sotto l' impero delle leggi nuove, *osta la rinunzia* stipulata sotto l'impero delle vecchie leggi le quali conferirono al rinunziatario un dritto certo ad incommutabile, da non poter essere scosso ed alterato da qualunque cambiamento che sia poscia avvenuto nella legislazione, come à dichiarato l'art. 1 del decreto del 4 marzo 1817. Che se questa legge dichiarò di niun effetto le rinunzie delle donne maritate alle successioni degli ascendenti, questa eccezione fu consigliata dall'idea che essendo le donne escluse da successioni siffatte per virtù di patri statuti, le loro rinunzie costituivano un atto superfluo ed ozioso, da che non importavano perdita di dritto alcuno. Questa ragione da cui fu animata la legge de' 4 marzo 1817 non si verifica nelle rinunzie fatte alla successione de' collaterali pe' beni siti

ostante la loro rinunzia, senza che possano pretendere alcuna parte nelle cose sottratte o nascoste (1).

SEZIONE III.

Del beneficio dell'inventario, de' suoi effetti, e delle obbligazioni dell'erede beneficiato (2).

710. La dichiarazione di un erede, che egli non intende assumere questa qualità se non col beneficio dell'inventario, debbe esser fatta nella cancelle-

---

fuori l'ambito delle consuetudini napoletane; poichè per tali beni le femmine in tutte le provincie del regno (vedi la nota 1, pag. 277) succedevano al collaterale in concorrenza co'maschi: Arresti della Corte Suprema di Giustizia di Napoli de'26 agosto 1820 (causa *Caracciolo* e *Caracciolo*); de'3 agosto 1824 (causa tra de *Accetis* e *Manozzi*); de'23 ottobre 1832, (causa *Brasile e de Crecchio*); e de'22 Agosto 1835, causa *Scardino* e *Sanarica*.

3.° Che il tempo per impugnare la rinunzia debb'essere misurato dal dì in cui è avvenuta la morte della persona della cui eredità si tratta, e non dal giorno della rinunzia, poichè essendo il solo interesse la misura delle azioni giudiziarie, ogn'interesse manca prima dell'apertura della successione: citato arresto del 22 agosto 1835, causa *Scardino* e *Sanarica*.

4.° Che quando nella rinunzia manca l'accettazione per parte del rinunziatario, è improduttiva di effetto anche nell'interesse della stessa rinunziante: lo stesso arresto della Corte Suprema.

5.° Che morta la rinunziante, prima che la eredità di cui si tratta venisse ad aprirsi, cade l'effetto della rinunzia, e non può essa offendere i figli della rinunziante, per la massima, *evanescere renuntiationem, si hereditas renuntianti non fuit delata*. Lo stesso arresto, e quello de'23 giugno 1831, causa *Negri*.

6.° Che morti *ab intestato* i renunziatari, potrebbe la rinunziante, e possono i suoi figli invocare la massima *tibi renuntio, tibi succedo:* lo stesso arresto.

7.° Che le rinunzie delle donne maritate alle successioni de' congiunti non si possono estendere da un caso ad un altro, ancorchè siasi apposta la cautela di Maranta (1): e che quindi a' figli *eredi della madre* non possono essere di ostacolo le rinuncie della genitrice alle future successioni, quando queste siensi *aperte dopo la morte di colei che promise* o che fece la rinuncia: arresti della Corte Suprema de' 4 febbraje 1834, causa *Jannotti e di Marsilio*, e degli 11 luglio 1829, causa tra *Viti* e *Santoro*.

(1) Decadono dalla facoltà di rinunziare gli eredi che ànno sottratto o nascosto cose ereditarie, perchè con la sottrazione trovansi di aver fatto atti di erede, l. 71, § 4, ff. *adquir. vel omitt. hered.* Questa semplice pena di decadere dalla facoltà di rinunziare e di rimanere erede puro e semplice si applica agli eredi che ànno sottratto cose ereditarie prima della rinuncia, poichè se la sottrazione avesse luogo dopo la rinunzia, il sottraente si renderebbe reo di furto, mentre dopo la rinuncia è un estraneo alla successione, l. 75, § 9, ff. *de adquir. vel omitt. hered*: Domat, parte 2, lib. 1, tit. 3, sez. 1, n. 12: Chabot, sull'art.792; Duranton, t. 6, n.482—Non è da omettersi però che se il sottraente dopo la rinuncia, fosse un parente o affine de'coeredi in linea retta, il conjuge dell'erede o del defunto, non si potrebbe convenire in linea penale come colpevole di furto, perchè la legge rispetta il ligame del sangue; si avrebbe la sola azione civile di espilata eredità: lo stesso dicasi se tra il sottraente fosse collaterale in secondo grado o affine, dell'erede, purchè conviva insieme con costui: art. 455, *leg. pen.*

È da osservarsi in ultimo, che la disposizione dell'art. in esame non è applicabile ai minori, i quali non possono da se accettare o ripudiare un'eredità. Vi sarebbe quindi contro di essi una semplice azione per la restituzione degli oggetti sottratti. Chabot, ibid, n. 4. Duranton, t. 6, n. 480. *Contra*, Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 154.

(2) Per dritto del regno si osservavano le disposizioni del dritto romano circa il tempo di deliberare per l'accettazione di un eredità, e per fare l'inventario. Nel tempo stabilito per risolvere se conveniva di accettare o pur no l'eredità, l'erede dovea far l'atto legittimo e solenne dell'adizione, cioè la domanda di spedirsi a suo favore il decreto di *preambolo*. Questo vocabolo *preambolo* derivato dal latino *prae* e *ambulo* (come primo atto che si cerca

---

(1) Roberto Maranta, inventò la cautela di stipularsi che la rinuncia si facesse dalla donna per *se e per i suoi eredi e successori*.

ria del tribunale civile della provincia o valle in cui si è aperta la successione, e debbe essere inscritta nel registro destinato a ricevere gli atti di rinunzia. V. gli art. 115 e 701 ll. cc., e 1072, p. c.

Per le eredità che non eccedano il valore di ducati trecento, la dichiarazione potrà farsi nel modo stesso presso la cancelleria del giudice del rispettivo circondario (1).

711. Questa dichiarazione non produce effetto, se non quando è preceduta o seguita da un fedele ed esatto inventario de' beni della eredità, nelle forme regolate dalle *leggi della procedura ne' giudizj civili*, e tra' termini che verranno stabiliti in appresso (2). V. gli art. 1018, 1819 p. c., e 'l decreto de' 29 dicembre 1828.

---

dall'erede) nel foro nostro significava il decreto, che faceva acquistare l'eredità. L'eredità per altro poteva adirsi bene spesso anche senza far interporre dal giudice il decreto di Preambolo, essendo principio generale di dritto che l'eredità poteva come oggi accettarsi col solo animo, ossia tacitamente: vedi la nota 1, pag. 289.

Il preambolo poteva domandarsi dall'erede testamentario o ab intestato. Nel primo caso l'erede per ottenere la spedizione del preambolo dovea presentare la copia del testamento e provare con testimoni di essere il testamento esibito, l'ultimo del testatore: nel secondo caso dovea provare di essere il più prossimo, e se l'erede trovavasi congiunto in grado collaterale, dovea farsi la citazione per editto, onde si presentasse in giudizio chiunque avesse dritto sull'eredità Nell'uno e nell'altro caso dovea provarsi la morte e la sepoltura di colui della cui successione si trattava, o con due testimoni di vista, o con sette di udito. Danza, tit. *de preamb.* Petra nel rito 181, n. 9, lib. 2.

Pel rito 181, il preambolo si spediva solo nella G. C. della vicaria; ma con dispaccio de' 19 settembre 1746 si dispose così: « Avendo il Re risoluto, che i preamboli si spediscano dalle Corti locali, e che le parti in grado di gravame ricorrano all'udienza, e quando da queste si sentissero gravate, accudiscano alla G. C. della Vicaria, la quale in prima istanza spedirà i preamboli in questa capitale. Ben inteso però, che quando i corpi ereditari sieno sparsi in vari luoghi di qualche provincia, possa in tal caso l'udienza procedere in prima istanza; e quando sieno sparso in varie province, possa in prima istanza procedere la G. C. della Vicaria ».

La clausola contenuta nel preambolo, *cum beneficio legis et inventari* produceva l'effetto di non potersi l'erede convenuto nel termine stabilito per fare l'inventario, costringere al pagamento de' debiti e pesi ereditari.

La nuova legislazione non riconosce il decreto di premabolo, ossia atto giuridico per la dichiarazione espressa di essere l'erede presuntivo, erede definitivo. La dichiarazione espressa può nascere da un atto qualunque nel quale l'erede avesse manifestato di assumere la qualità ereditaria, art. 695; o dalla dichiarazione in cancelleria di voler l'erede accettare col beneficio dell'inventario.

(1) La dichiarazione dev'essere fatta nella cancelleria del Tribunale del luogo in cui si è aperta la successione, nell'interesse de' terzi. Una dichiarazione fatta altrove o in un atto innanzi notajo non sarebbe produttiva di effetto. In una parola sono applicabili le osservazioni fatte all' art. 701.

La facoltà di accettare un'eredità col beneficio dell'inventario si estende agli eredi istituiti, a'legatari universali ed a titolo universale, i quali mancando di ciò fare sono tenuti a'debiti e pesi della successione *ultra vires*. Merlin, rep. v. *legataire*, § 7, art. 1. n. 17. Chabot, sull'art. 774 (691), n. 14. Toullier, t. 4, n. 396. Carrè, *procedure, question 755*.

È controvertito se sia in facoltà dell'uomo d'interdire a' suoi eredi il dritto di accettare col beneficio dell'inventario. Pothier, *successions*, cap. 3, art. 2, § 2, Chabot sull'art. 774 (691) n. 15 sostengono la negativa, pel motivo che un simil divieto sarebbe contrario alla legge. *Contra*, Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 151, e Duranton, t. 7, n. 15.

(2) L'inventario deve contenere una completa descrizione di tutt'i titoli, documenti, danaro, mobili ed effetti dell'eredità. Una omissione fatta *scientemente e di mala fede* produrrebbe la decadenza dal beneficio dell'inventario, art. 719; ma se si rinvenisse qualche vizio non imputabile all'erede, o che non lo costituisse in mala fede, invece di pronunziare la decadenza dal beneficio dell'inventario, potrebbe ordinarsi un secondo inventario: Maleville sull'art. 793; Merlin rep. v. *bénéfice d'invent.*, n. 8; Toullier, t. 4, n. 365.

Se non vi fosse cosa da inventariare dovrebbe farsi un verbale di carenza: Toullier ibid. Se poi vi esistesse un precedente inventario fatto recentemente e dopo l'apertura della successione, l'erede beneficiato non dovrebbe che far procedere ad un verbale di ve-

V. l'art. 717. 712. L'erede ha tre mesi per far l'inventario, da computarsi dal giorno dell'apertura della successione (1).

Ha in oltre un termine di quaranta giorni per deliberare sull'accettazione o rinunzia della eredità; i quali cominciano a decorrere dal giorno della scadenza de' tre mesi accordati per l'inventario, o dal giorno in cui fu compito l'inventario stesso, nel caso che fosse ultimato prima di tre mesi.

V. l'art. 696. 713. Nondimeno se si trovano nella eredità robe soggette a deperimento, o la cui conservazione porti dispendio, l'erede nella sua qualità di chiamato a succedere può farsi giudizialmente autorizzare a procedere alla vendita delle medesime, senza che da ciò si possa indurre che egli abbia accettato l'eredità.

V. gli art. 702, 708, 709, 712, 1021, 1062, p. c. Questa vendita dee farsi per mezzo di pubblico ufiziale, dopo gli affissi e le pubblicazioni stabilite dalle *leggi della procedura ne' giudizii civili*.

V. l'art. 268 p. c. 714. Duranti i termini accordati per far l'inventario e per deliberare, l'erede non può esser costretto ad assumerne la qualità, e non può procedersi a condanna contro di lui. (2) Se rinunzia alla eredità, prima o dopo spirati i termini, le spese da lui fatte legittimamente sino a tal epoca sono a carico della eredità.

---

rificazione, e di notarvi tutto ciò fosse stato omesso o scoverto dopo l'inventario, non che notare gli oggetti inventariati e che si trovassero inesistenti. Chabot sull'art. 794 (711), n. 2.

Non è necessario che l'inventario sia preceduto dall'apposizione de'sigilli, arg. dell'art. 738; ma bene spesso è una misura di prudenza. Chabot ibid. n. 7; Toullier, t. 4, n. 365; Duranton, t. 7, n. 22.

Nella confezione dell'inventario debbono essere que'creditori che ànno fatto opposizione alla rimozione de' sigilli, arg. degli art. 1008 e 1009 proc. civ. Gli altri creditori possono intervenirvi. Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 153.

La compilazione dell'inventario è affidata ad un notajo, secondo l'art. 1019 proc. civ. La scelta di questo notajo appartiene all'erede. Nondimeno, se più eredi non fossero di accordo, Duranton, t. 7, n. 24 opina ragionevolmente che si dovrebbe preferire il voto di coloro i quali, insieme riuniti, avessero l'interesse il più considerevole; altrimenti, in parità d'interessi, si dovrebbe lasciare la scelta a' giudici tra i notai designati dalle parti.

(1) I tre mesi si computano dal dì dell'apertura della successione, se l'erede sappia di esser erede, altrimenti i tre mesi decorrono dal dì in cui l'erede à conoscenza di essergli stata deferita l'eredità. Perezio, lib. 6, tit. 30, n. 8.

Se l'erede muore in pendenza de' termini per fare l'inventario e per deliberare, i suoi eredi avendo per dritto proprio la facoltà di accettarla o di ripudiarla, art. 698, ànno un altro termine di tre mesi e di quaranta giorni. Chabot, sull'art. 795 (712) n. 6.

(2) Quantunque l'erede fosse investito di pieno dritto del possesso de' beni, art. 645, pure in pendenza de' termini non si può procedere contro di lui a *condanna*. È notevole la parola *condanna*, poichè dimostra che in pendenza de' termini non è vietato a' creditori ed a' legatari, non che all'erede medesimo di fare degli atti d'istruzione, o atti per la conservazione de' rispettivi dritti. Donde conseguе: 1.° Che la prescrizione decorre contro i creditori durante il termine, perchè nulla impedisce loro d'interromperla con una domanda giudiziaria, art. 2165. 2.° Decorre anche contro l'erede, poichè l'art. 696 l'autorizza a fare tutti gli atti conservatori, e per conseguenza ad interrompere le prescrizioni. Chabot, sull' art. 797 (714), Maleville e pandette francesi su detto art.; Toullier, t. 4, n. 366 e 367; Duranton, t. 6, n. 58, e t. 7, n. 2.

Perchè l'art. vieta di procedersi a *condanna* in pendenza de' termini, segue forse che, osservata la formalità prescritta dall'art. 797, non possa in pendenza de' termini mandarsi ad esecuzione un giudicato ottenuto contro il defunto? I giudicati ottenuti contro il defunto si possono contro l'erede eseguire in pendenza de' termini, perciocchè il possesso legale di cui è investito l'erede fa sì che le coazioni possono spingersi immediatamente contro l'erede. L'art. 739 proc. civ. e l'art. 152 della legge de' 29 Dicembre 1828 prescrivono che: « la morte del debitore non impedisce il cominciamento nè la continuazione dell'espropriazione contro l'erede che amministri, *durante i termini per deliberare e per l'inventario.* » Da questo art. quindi si desume per regola generale che può procedersi ad atti di esecuzione qualunque in pendenza de' termini.

715. Scorsi i suddetti termini, l'erede, in caso che venga chiamato in giudizio (1), può chiedere un nuovo termine (2) il quale gli verrà ancora accordato o negato, secondo le circostanze, dal tribunale avanti di cui pende la contesa.

716. Le spese della lite nel caso del precedente articolo sono a carico della eredità, quando l'erede giustifichi o che non era informato della morte, o che i termini sono stati insufficienti; sia a ragione della situazione de' beni, sia per causa di sopravvenute controversie: in mancanza di tali giustificazioni le spese restano a suo carico personale (3).

717. L'erede, benchè sieno scorsi i termini accordati nello articolo 712 e quelli conceduti dal giudice in conformità dello articolo 715, ha nondimeno la facoltà di far l'inventario e di qualificarsi erede beneficiato, quando non abbia esercitato d'altronde verun atto proprio di erede, e non vi sia contro di lui qualche sentenza passata in giudicato, la quale lo condanni nella qualità di erede puro e semplice (4).

V. l'ar. 1305 ll. cc., e 268 p. c.

---

(1) Finchè l'erede non venga chiamato in giudizio non vi è ragione che l'obblighi ad assumere qualità; e può sempre accettare o rinunziare, purchè non lasci prescrivere il suo dritto: vedi la nota 4, pag. 295 e 296.

(2) E se allo spirarar del nuovo termine si rende necessario un altro termine, il tribunale può accordarlo. Chabot sull'art. 798 (715), n. 5.

(3) Secondo l'art. 714 le spese legittime fatte ne' termini vanno sempre a carico dell'eredità. Le spese fatte fuori termine vanno a carico dell'eredità, secondo l'art. 716, ne' due casi in cui il nuovo termine si fosse accordato all'erede perchè ignorasse la morte del defunto, o perchè la situazione de' beni e le liti à rendato insufficiente il termine stabilito nell'art. 712. Fuori questi due casi, le spese fuori la scadenza dell' termine *restano*, dice l'art. 716, *a carico personale dell'erede*: Prevedendo il legislatore, che i tribunali potessero accordar termini in circostanze favorevoli, quantunque la necessità non ne fosse rigorosamente dimostrata, à voluto che almeno il timore di sopportare le spese di procedura impedisse agli eredi di ricorrere, senza una necessità reale, a' mezzi dilatori, i quali sono sempre pregiudizievolissimi a' creditori. Chabot sull'art. 799 (716).

(4) Ancorchè sieno scorsi i termini legali e quelli accordati dal tribunale, l'erede à sempre la facoltà di accettare col beneficio dell'inventario. Vi sono intanto due casi secondo questo art., in cui l'erede non può qualificarsi erede beneficato:

1.° Quando l'erede avesse fatto atti di erede, à consumato le scelta di accettare puramente e semplicemente o col beneficio dell'inventario, e non può rivenire contro la sua accettazione se non nelle circostanze prevedute dall'art. 700: vedi la nota 4, pag. 286.

2.° Quando esistesse contro l'erede una sentenza passata in cosa giudicata che lo avesse condannato come erede puro e semplice.

Su questo secondo caso si è presentata una grave controversia tra i dottori, se cioè la condanna nella qualità di erede puro e semplice, abbia effetto solamente riguardo al creditore che à ottenuto la sentenza, o pure debbe l'erede risguardarsi come tale anche riguardo agli altri creditori, a' legatari ed a' suoi coeredi—Difficile fu la risoluzione di questa quistione nei primordi della giurisprudenza, e dal perchè nelle discussioni del consiglio di stato, la sezione di legislazione avea aggiunto una disposizione la quale espressamente dichiarava che il giudicato contro l'erede riguardava il solo creditore che l'avea ottenuto, quale disposizione non passò nell'art., fece sì che Maleville presentò la sua opinione dubitativamente, e Chabot e Merlin, *questions de droit*, v. *heretier*, §. 8 si pronunziarono contro l'erede, ritenendo che il giudicato contro l'erede fosse *di qualità*, e quindi fare stato nell'interesse di tutt'i creditori e degli altri interessati. Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 150 imprese a confutare questo sistema, per due motivi: 1.° Che l'art. 1305 dichiara che il giudicato non à effetto che tra le parti; 2. Che l'argomento di essere la qualità di erede *indivisibile* era un sofisma, mentre le azioni sono divisibili contro gli eredi. Il sistema di Delvincourt dette occasione a Chabot nella quinta edizione del suo trattato *sulle successioni* di riesaminare la quistione per la quale entra ne' più minuti particolari. Riconosce il suo errore e con intima convinzione abbandona la sua prima opinione per due motivi: 1. Che l'art. 1305 contiene una regola generale, alla quale non fa eccezione l'art. 717; 2. Che dall'insieme della discussione del consiglio di stato riferita dallo stesso Chabot e da Locré (t. 5, p. 64, n. 3) risulta che l'articolo proposto dalla sezione legislativa fu rigettato non perchè si

V. l'art. 709. 718. L'erede (1) colpevole di aver occultato, o di avere scientemente e con mala fede omesso di descrivere nell'inventario qualche cosa appartenente alla eredità, è decaduto dal beneficio dell'inventario (2).

719. L'effetto del beneficio dell'inventario consiste nel dare all'erede il vantaggio,

1.° che non sia tenuto al pagamento de' debiti ereditarj se non fino alla concorrente somma del valore de' beni ad esso pervenuti (3); ed anche che possa liberarsi dal pagamento de'debiti coll'abbandonar tutti i beni della eredità a'creditori ed a'legatarj (4);

V. l'art. 2164. 2.° che non sieno confusi i suoi beni proprj con quelli della eredità, e che

---

fosse giudicato cattivo, ma fu soppresso perchè venne riputato inutile, stante la regola consacrata nell'art. 1305. Toullier nel t. 4, n. 358, nota 2, dubitò di manifestare una opinione sicura; ma nel t. 10, n. 236 e 237 riconosce come trionfante la ritrattazione di Chabot, e con una rara potenza di dialettica distrugge l'obiezione dell'indivisibilità di cui si abusa bene spesso in materia di cosa giudicata. Gli autori delle pandette francesi sull'art. 800 (717), Carrè *lois de la competence*, art. 286, n. 324, e Duranton, t. 6, n. 455 e t. 7, n. 25 professano la medesima dottrina, cui si è uniformato anche Merlin, nella 3 edizione, ibid.

(1) Maggiore di età: vedi la nota 1, pag. 300.

(2) Per dritto romano l'erede non decadeva dal beneficio dell'inventario, ma era semplicemente condannato alla pena del doppio; l. ult. § 10 in fin. C. *de jure deliberandi*.

Il nostro art. pronunzia la decadenza dal beneficio dell'inventario, e l'erede perde altresì il dritto alle cose sottratte, art. 709.

(3) Il primo effetto del beneficio dell'inventario è quello di esentare l'erede dal pagamento de'debiti ch'eccedono il valore de' beni che à raccolti. Questa disposizione deve intendersi nel senso, che l'erede è tenuto al pagamento de' debiti in proporzione della sua quota ereditaria, così che se sono due i coeredi de' quali uno à accettato puramente e semplicemente ed è divenuto insolvibile, l'erede col beneficio dell'inventario non deve a'creditori che la metà del debito *intra vires hereditatis*, art. 791 e 794; Cass. di Parigi, 22 luglio 1812, sulle uniformi conclusioni di Merlin, rep. v. *benifice d'inventaire*, n. 25. Chabot, sull'art. 867 (719) n. 7; Duranton, t. 7, n. 45.

Deve osservarsi che anche nella quota ereditaria l'erede non è tenuto a fare a creditori o a' legatari la collazione de' beni che avesse anticipatamente ricevuto dal defunto, nè è tenuto verso i medesimi su' beni provenuti da collazione o da riduzione: art. 762, 776, e 838. Chabot, sull'art. 802 (719) n. 6; Pandette francesi, sullo stesso art. Duranton, t. 7, n. 44.

(4) Il secondo effetto del beneficio dell'inventario, è quello di abbandonare tutt'i beni dell'eredità a' creditori ed a' legatari, per liberarsi dal pagamento de' debiti. Ma questo abbandono equivale ad una vera rinuncia? Merlin, rep. v. *benef. d'inventaire*, n. 15, dice che questa è una pura quistione di parole: tostochè, egli dice, l'erede beneficiato può abbandonare tutt'i beni della successione a' creditori ed a' legatari, egli è chiaro che possa far l'equipollente di una rinunzia effettiva alla sua qualità di erede. Questa dottrina che per altro è stata seguita da Toullier, t. 4, n. 358, non sembra esatta, poichè la rinunzia differisce dall'abbandono si nella forma che negli effetti: 1.° La rinunzia si fa in cancelleria, art. 701, e l'abbandono si fa con un atto notificato a'creditori ed a' legatari; 2.° La rinunzia produce effetto in faccia à tutti, e l'abbandono nell'interesse di coloro a' quali è notificata; 3.° La rinunzia fa sì che l'erede si reputa di non essere stato mai tale, e l'abbandono non serve ad altro che a liberare l'erede da una liquidazione imbarazzante; 4.° La rinunzia fa acquistare dritto a' coeredi o all'erede nel grado susseguente, art. 702, e l'abbandono non si fa a' coeredi, ma a' soli creditori e legatari; donde consegue che soddisfatti costoro, dell'eccedente profitterà l'erede col beneficio dell'inventario. In conseguenza può dirsi che con l'abbandono l'erede beneficiato non cessa di essere erede, *qui semel heres, semper heres*. Così pensano Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 157, Chabot, sull'art. 802 (719) n. 8; Grenier, *donations*, n. 304 e 305; Duranton, t. 7, n. 45—Da ultimo non è da omettersi che se la discussione tra gli autori francesi nasce dalla diversità de' loro antichi principi, presso di noi l'antico foro riteneva che l'erede beneficiato non deponeva mai la qualità di erede, ed opponendo la discussione dell'inventario, i tribunali ordinavano di sottoporsi gli effetti ereditari a sequestro; ma soddisfatti i creditori, il dippiù all'erede si restituiva: Carl. Ant. de Rosa, *civ. decer. prax.* parte 2, cap. 4, n. 30.

gli sia conservato contro la medesima il diritto di chiedere il pagamento de' suoi crediti (1). V. gli art. 795 ll. cc. e 1072 p. c.

720. L'erede beneficiato ha il carico di amministrare (2) i beni ereditarj; e dee render conto di sua amministrazione a' creditori ed a' legatarj (3). V. gli art. 610 a 625, e 1071 p. c.

Non può essere astretto a pagare co' beni suoi proprj se non dopo di esse-

---

È notevole che l' art non obbliga l' erede che ad abbandonare *tutt' i beni ereditari*. Le cose quindi che il defunto avea con atto tra vivi donate all'erede non sono beni dell' eredità rispetto a' creditori ed a' legatari, art. 776, e perciò nell'abbandono che fa l'erede beneficiato non van comprese le cose ricevute in donazione tra vivi, nè le cose provegnenti da riduzione, art. 838. Chabot, sull'art. 857 (776), n. 11. Delvincourt, lib. 3, tit. 3, 3, nota 158.

(1) Il terzo effetto del beneficiò dell' inventario è d' impedire la confusione de' due patrimonî che rimangono distinti e separati; e di conservare all'erede il dritto di chiedere contro l' eredità il pagamento de' suoi crediti: l' antico dritto consacrava lo stesso canone; l. ult. § 9 in fine, C. *de jure deliberandi*.

Segue da questo principio:

1. Che l' erede beneficiato dirige le sue azioni per i crediti che vanta contro il defunto, contro gli altri coeredi, sieno puri e semplici, sieno beneficiati: e se è solo, nel modo indicato dall' art. 1072 proc. civ. Non vi è confusione per la sua quota creditaria, poichè l'effetto del beneficio dell'inventario è di far considerare il defunto e l' erede come due persone distinte. Vedi la nota all'art. 792.

2. Ch'egli può esercitare le sue azioni contro i terzi possessori per le ragioni che aveva contro la successione. Così, se il defunto avesse venduto un fondo dell'erede beneficiato, à questi il dritto di revindicarlo contro il terzo possessore; senza che gli si possa opporre la massima, *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio*; perciocchè l' effetto del beneficio dell'inventario essendo quello di non confondere i patrimoni e di conservare all' erede le azioni contro l' eredità, l' erede non è tenuto alla garantia di cui il defunto era tenuto, e quindi il terzo non conserva che un'azione d' indennizzazione contro l'eredità. Per la stessa ragione l'erede beneficiato conserva l'azione ipotecaria contro i terzi possessori; e si è giudicato dalla cass. di Parigi, nel 1 dicembre 1812, che può esercitare le sue azioni contro i fidejussori del defunto. Toullier, t. 4, n. 356; Chabot, sull'art. 802 (719) n.i 1 e 2; Delvincourt, lib. 3, nota 171; Duranton, t. 7, n. 52

(2) Dal perchè l'art. impone all'erede beneficiato il carico di amministrare, non bisogna dedurre ch' egli sia un semplice amministratore, e non differisca da un amministratore ordinario. Egli può transigere, compromettere e fare qualunque atto di alienazione, ed i creditori sono nella necessità di rispettare questi atti fatti dall'erede beneficiato. Donde nasce questa facoltà? Essa non può avere la sua sorgente, dice Merlin, che nella facoltà che l'erede à sempre di rinunziare alla sua qualità di amministratore per conto de' creditori, e di sostituirvi, anche a riguardo de' creditori, la qualità di libero proprietario: essa non può essere che la conseguenza dell' esercizio che l' erede beneficiato è reputato fare di una tal facoltà, tutte le volte ch'egli procede da libero proprietario, invece di procedere da amministratore. Imperciocchè l' erede beneficiato può, ad ogni istante, abbandonare la sua qualità ed assumere quella di erede puro e semplice; e d'altronde, per divenir erede puro e semplice, non è necessario di assumerne espressamente la qualità, basta far un atto che supponga necessariamente la qualità di proprietario libero della successione, art. 695. Ed è perciò che gli art. 723 e 724, ll. cc., non che gli art. 1064 e 1065 proc. civ. non pronunziano la nullità delle vendite fatte senza formalità dall'erede beneficato, sibbene limitandosi a pronunziare la decadenza dal beneficio dell'inventario, riconoscono la validità degli atti di alienazione: la validità della vendita è la conseguenza di due principî combinati: l'uno, che l'erede puro e semplice può fare ogni atto di proprietario libero ch'egli giudica a proposito, senza che i creditori della successione possono attaccarli per mancanza di poteri; l'altro, che facendo degli atti di proprietario libero, l'erede beneficiato diviene puro e semplice erede. Questi principî furono luminosamente sviluppati da Merlin (repertorio, v. *benefice d' inventaire*, n. 25) con le conclusioni pronunziate alla corte di cassazione di Parigi nel dì 20 luglio 1814, la quale le accolse con arresto dello stesso dì. La stessa dottrina è abbracciata da Chabot, sugli art. 803 805 e 806 (720, 723 e 724), da Toullier, t. 4, n. 360 e 361, da Delvincourt, lib. 3, tit. 3, note 160 e 171; da Duranton, t. 7, n. 55.

(3) Nel conto che l' erede beneficiato deve a' creditori ed a' legatari, non van comprese le cose che l' erede riceve a titolo di collazione da' suoi coeredi, poichè non avendo i creditori ed i legatari dritto su' beni donati, art. 776, non possono profittarne. Pothier, *success.*, cap. 3, art. 2, § 6. Chabot, sull' art. 857 (776), n. 10.

V. gli art. 1122, 1817, 1935, ll. cc., e 982, p. c.

re stato posto in mora a presentare il suo conto, e quando non abbia adempito a tal dovere.

Dopo la liquidazione del conto non può essere astretto ne' beni proprj se non per la concorrenza delle somme rimaste in sue mani (1).

V. l'art. 223. p. civ.

721. Nella sua amministrazione non è tenuto se non per le colpe gravi (2).

V. gli art. 829 e 831.

722. L'erede cui sarebbe dovuta per legge una quota di riserva, quante volte non curi di far l'inventario, non solo perde il diritto a dedurla, ma sarà anche tenuto ne' beni proprj (3).

V. gli art. 707 a 716, 1021 a 1025, e 1065, p. c.

723. L'erede beneficiato decade dal beneficio dell'inventario, qualora tra'l termine di cinque anni da decorrere dal dì della sua dichiarazione di erede, venda i mobili della eredità, senza l'intervento del pubblico ufiziale, senza incanto, e senza far precedere i soliti affissi e le pubblicazioni (4).

Se li presenta in ispecie, non è tenuto ad altro che alla diminuzione di prezzo, o al deterioramento cagionato dalla sua negligenza.

V. gli art. 1336 e 1337.

---

(1) È chiaro che ne'due casi preveduti dal 2 e 3 comma dell'art.720, l'erede beneficiato è tenuto anche ne'beni proprî al pagamento delle somme delle quali diviene debitore, non nella qualità di erede, ma di amministratore e di contabile verso i creditori ed i legatarî di ciò che à riscosso o potuto riscuotere per conto dell'eredità.

(2) Gli autori delle pandette francesi su questo articolo, e Duranton, t. 7, n. 37, restringono la responsabilità dell'erede alle colpe gravissime che si potrebbero assimilare al dolo; ma Chabot, sull'art. 804 (721), Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 156, e Favard, rep., v. *bénéfice d'inv.*, n. 9 rendono l'erede risponsabile delle colpe semplicemente gravi, che si verificano quando non mettono negli affari dell'eredità le cure che sogliono aversi pe'proprî. L'erede però non è risponsabile della mancanza di successo in un affare, purchè non l'abbia intrapreso inconsideratamente e senza ragione: dee riguardarsi l'intenzione con la quale à agito, e non gia un risultamento che non è stato in suo potere: l. 10, § 1, ff. *de negotiis gestis*.

(3) Questo art. nuovo nelle nostre leggi civili risolve una quistione nella quale non erano di accordo gli antichi giureconsulti, nè i giureconsulti francesi sotto l'impero del codice. L'antica scuola napolitana non presentava una soluzione uniforme, e de Franchis (dec. XI) riferisce che il Sacro Consiglio decise di poter domandare la riduzione il legittimario che avesse omesso di far l'inventario, poichè la privazione del dritto di poter domandare la riduzione essendo una pena, non potrebb'essere applicata, che ove chiaramente la legge l'avesse pronunziata. Questa dottrina era contraddetta da altri giureconsulti, come attesta lo stesso presidente de Franchis, ed il suo annotatore Amendola nel n. 10 delle note alla dec. XI, e nel n. 12 delle addizioni alla dec. 63—Questa discordanza di opinioni avea anche luogo nell' antico foro della Francia. Ricard, *donations entre vifs*, n. 993 e seg., seguito da Pothier, *succ.* sez. 3, art. 5, § 7, opinavano che l'erede della riserva poteva provare in mancanza d' inventario, il valore de' beni ereditarî con testimoni di pubblica fama. Sotto l' impero del codice, Toullier, t. 5, n. 166, Grenier, *donations*, n. 521, e nel repertorio di Merlin, v. *riserve*, e Duranton, t. 6, n. 463, sostengono che l'erede della riserva, puro e semplice, non è privato della sua riserva ed inconseguenza del dritto di far ridurre il legato che eccedesse la quota disponibile, salvo il caso di frode. Delvincourt, lib. 3, tit. 3. nota 189 opinava che la mancanza dell'inventario privava l'erede del dritto di dedurla, e la sua opinione è stata sublimata in legge—Ma non bisogna dedurre che l' erede che voglia domandare la legittima sia tenuto di accettare col beneficio dell' inventario: sarebbe questa una falsa illazione dell' art. 722, che si limita a pronunziare la decadenza dal dritto di domandare la legittima, quando il legittimario *non curi di fare l' inventario*. L'erede della riserva per domandare la riduzione de' legati deve dimostrare che nella eredità non vi sono beni sufficienti per completare la sua riserva: fatta questa prova con un inventario regolare, lo scopo della legge è adempito. E nello stesso modo gli antichi dottori i quali opinavano che la mancanza dell' inventario faceva perdere all'erede il dritto di domandare la riserva, non ànno mai contrastato che la sola confezione dell' inventario è sufficiente per domandare la riserva.

(4) Vedi la nota 2, pag. 305.

L' erede beneficiato vendendo in massa o cedendo i dritti di successione non decade dal beneficio d' inventario. Imperciocchè gli art. 723, 724 delle leggi civili, e gli art. 1064 e 1065 della proc. civ. pronunziano la decadenza dal beneficio dell'inventario per la vendita de'mobili o degl'immobili, sul motivo che non osservate le forme per la conservazione de'

724. Similmente decade dal beneficio dell' inventario l'erede, qualora tra'l termine suddetto di cinque anni da decorrere, come sopra, venda gl'immobili altrimenti che colle forme prescritte dalle *leggi della procedura ne' giudizj civili*. Egli però è sempre tenuto a delegarne il prezzo a'creditori ipotecarj che si sono fatti riconoscere (1). V. gli art. 1063, 1064 e 1067 p. c.

725. Dopo il termine di cinque anni l'erede beneficiato potrà vendere i beni ereditarj o mobili o immobili, anche senza le formalità indicate ne'due articoli precedenti, purchè lo faccia senza frode; e salve le azioni ipotecarie come di diritto (2). V. gli art. 2040 e 2060.

726. L'erede beneficiato, se così vogliono i creditori, è tenuto a prestare idonea e sufficiente cauzione pel valore de'mobili compresi nell'inventario; ed in caso di vendita d'immobili, per quella parte del prezzo degl'immobili, che non fosse stata delegata a'creditori ipotecarj. V. gli art. 1068 a 1070 p. c.

Se manca di dare tal cauzione (3), i mobili si vendono, ed il loro prezzo si deposita, egualmente che la parte non delegata del prezzo degl'immobili, per essere impiegati a soddisfare i pesi ereditarj.

727. Se vi sono creditori che si oppongono (4), l'erede beneficiato non

---

dritti de'creditori, la vendita di un immobile priva i creditori della successione di tutt'i dritti che avrebbero potuto sperimentare sopra questi beni o effetti. Ma l'erede beneficiato che cede o vende i suoi dritti di successione, nulla cangia con questa vendita o cessione, sia alla natura, sia alla consistenza de'beni ed effetti di cui si compone l'eredità, sia ai dritti che ànno i creditori della successione sopra tali effetti e sopra tali beni. Il cessionario non fa che prendere il suo luogo, egli lo rappresenta in tutto, gli è surrogato ad ogni riguardo; e non risulta da ciò verun pregiudizio per i creditori della successione, poichè dilapidando il cessionario la eredità, i creditori conserverebbero la loro azione contro l'erede. Potrebbe opporsi l'art. 698, e questa objezione è di poco momento, se si osservi che riflette il caso di un erede che non avesse manifestato la intenzione di accettare o di rinunziare, e vendendo l'erede dispone de'beni, senza che i creditori avessero potuto assicurarsi esattamente dello stato in cui l'erede trovò l'eredità. Or nella vendita dell'eredità fatta dall'erede beneficiato non è compromesso l'interesse de'creditori. Questa dottrina è insegnata da Merlin, *questions de droit*, v. *heretier*, § XI; Malpel, n. 239; Duranton, t. 7, n. 234.

Segue dallo stesso principio, che l'erede, non ostante la cessione, conservando la sua qualità di erede beneficiato, non può essere costretto da'creditori della successione a conferire loro la somma che à ricevuto dal suo cessionario ed a comprenderla nel conto che deve render loro; poichè questo prezzo non è estratto dal patrimonio del defunto, sul quale soltanto àn dritto i creditori: deve loro bastare che i beni dell'eredità siano inventariati e saggiamente amministrati. Questa dottrina sviluppata da Merlin, ibid., viene approvata da Favard, rep. v. *bénéfice d'invent.* n. 17, e da Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 158.

(1) I creditori ipotecari si fanno riconoscere per mezzo delle loro iscrizioni. Se però il prezzo non venisse loro delegato dall'erede, è nell'interesse de'terzi acquirenti di esigere che sieno pagati i creditori ipotecari, i quali debbono essere soddisfatti in un giudizio di ordine, art. 1067 p. c.

(2) Questo art. aggiunto nelle nostre leggi civili non à per oggetto di dichiarare che dopo cinque anni la vendita degli effetti ereditari senza le formalità, sia valida, poichè anche la vendita fatta prima de'cinque anni senza le formalità prescritte è valida, come si è osservato nella nota 4, pag. 306. L'art. à per oggetto di spiegare che dopo cinque anni l'erede può vendere senza le formalità prescritte, senza che decada dal beneficio dell'inventario. Dopo cinque anni gl'interessi de'creditori ipotecari sono sempre al coperto, poichè l'effetto della iscrizione è di conservare il credito, in qualunque mano passi l'immobile, art. 2060; e pe'creditori non ipotecari la legge ha considerato che un quinquennio era sufficiente per riscuotere il pagamento de' loro crediti. Se poi l'alienazione è stata accompagnata da frode, in questo caso l'art. stesso soccorre i creditori, i quali se non possono impugnare nell'interesse de'terzi la validità della vendita, possono però far dichiarare l'erede decaduto dal beneficio dell'inventario.

(3) La mancanza della cauzione non fa perdere l'amministrazione de'beni all'erede beneficiato: ei perde soltanto il dritto di prendere le cose per le quali la cauzione è prescritta. Chabot, sull'art. 807, (726), n. 5.

(4) Per *creditori opponenti* s'intendono quelli che mediante un atto legale fanno cono-

V. gli art. 740 e seg., e 1066, 1067, proc. civ.

può pagare altrimenti che secondo l'ordine ed il modo determinato dal giudice.

Se non vi sono opposizioni, paga a'creditori ed a'legatarj, a misura che si presentano (1).

728. I creditori non opponenti che si presentano dopo la liquidazione de' conti ed il pagamento della somma residuale, non hanno azione se non contra i legatarj.

Nell'uno e nell'altro caso quest'azione si prescrive col decorso di tre anni dal giorno della liquidazione del conto e del pagamento della somma residuale (2).

---

scere all'erede beneficiato ch'essi sono o pretendono di essere creditori dell'eredità, e dichiarano perciò di opporsi alla distribuzione del danaro dell'eredità, qualora non vi sieno chiamati—Si comprende di già che i creditori iscritti non ànno bisogno di un atto di opposizione, poichè la iscrizione li fa riconoscere. Ma i creditori iscritti su di un fondo, volendo sperimentare la loro azione sul danaro pervenuto all'eredità da altri cespiti, debbono rendersi opponenti per darsi luogo al giudizio di contributo. Possono in vero i creditori ipotecari domandare che sieno compresi nella distribuzione per contributo, prima di procedersi alla graduazione delle ipoteche; arg. degl'art. 531, 532, e 533 leg. *di eccez.* Toullier, t. 4, n. 382.

Il pagamento fatto dall'erede malgrado le opposizioni, non produrrebbe la decadenza dal beneficio dell'inventario: solamente sarebbe obbligato ad indennizzare il creditore che avesse risentito danno. Duranton, t. 7, n. 93.

(1) Le sole opposizioni adunque possono ritardare i pagamenti: non si è voluto lasciare all'erede la facoltà di differire indeterminatamente i pagamenti sotto un pretesto qualunque.

In mancanza di opposizione, l'erede beneficiato non dovrebbe alcuna restituzione a'creditori o a'legatari pel pagamento che avesse fatto a se stesso de'suoi crediti (art. 719), con atto autentico e di buona fede. Altrimenti, se fosse costretto ad attendere che tutt' i debiti fossero soddisfatti, sarebbe esposto a non esser pagato interamente, ancorchè avesse un privilegio, il che è certamente contrario alla natura del beneficio dell'inventario. Duranranton, t. 7, n. 97.

(2) I. L'art. presente nel modo come trovasi compilato, ha dato luogo alla quistione, se i creditori non opponenti che si presentino *prima* della liquidazione del conto e del pagamento della somma residuale, potessero procedere a far ridurre i crediti già pagati. Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 175, Duranton, t. 7, n. 37, Favard, v. *benif. d'invent.* n. 11, sostengono la negativa, poichè i creditori non opponenti, non facendosi riconocere, ànno per negligenza perduto i loro dritti: *eis satisfaciant qui primi veniunt creditores, et si nihil reliquum est, posteriores venientes repellantur*, l. ult. §. 4. C. *de jur. deliberandi.* Questa dottrina viene con ragione contrastata da Chabot sull'art. 809 (728) n. 3, da Toullier, t. 4, n. 383, e da Malpel, n. 235 e 236, poichè la discussione del consiglio di stato, la lettera e lo spirito dell'articolo sostengono la loro interpetrazione.

La prima compilazione in vero dell'articolo comprendeva due casi: il primo diceva che i creditori che si presentassero dopo la liquidazione de'conti, non avranno rigresso che contro i legatari: il secondo diceva così: « que'che si presentano *prima* della liquidazione, » possono esercitare un regresso sussidiario contro i creditori pagati in loro pregiudizio ». Questo secondo caso fu tolto, e si aggiunsero al primo, i termini *non opponenti*, sulla osservazione di Tronchet. Locré t. 5, p. 64 e 65, n. 7.

Or, dice Chabot, il processo verbale della discussione non dice che la disposizione che non si vede riprodotta nell'art. fu combattuta e rigettata; annunzia soltanto che il sig. Tronchet osservò doversi nell'art. distinguere i creditori opponenti da quelli che nol sono, e che in seguito di tale osservazione furono inserite le parole *non opponenti* nella prima disposizione dell'art. Ma questa giunta non pregiudicava affatto alla seconda dispozione. Laonde se questa non è stata riprodotta nella redazione diffinitiva dell'art., ciò non à potuto avvenire, se non perchè fu riconosciuta superflua ed inutile. Questa idea viene confermata dal secondo comma dell'art. che comincia da queste parole *nell'uno e nell'altro caso*, ed intanto nel primo comma non si prevede che un sol caso.

La lettera dell'art. è consona a questa interpetrazione; dessa si pronunzia contro i creditori non opponenti *che si presentano dopo la liquidizione de' conti ed il pagamento della somma residuale:* dessa dunque non può nuocere a creditori opponenti che si presentano PRIMA.

729. Le spese de'suggelli, se vennero apposti, quelle dell'inventario e del conto, sono a carico della eredità. V. gli art. 738, 989 e 1015.

SEZIONE IV.

Delle eredità giacenti.

730. Quando, spirati i termini per far l'inventario e per deliberare, non si presenti alcuno che reclami la eredità, o non sia noto l'erede, o gli eredi conosciuti vi abbiano rinunziato, l'eredità si reputa *giacente*. V. gli art. 1074 e 1075, p. c.

731. Il tribunale civile nella di cui provincia o valle si è aperta la successione, nomina un curatore sulla domanda delle persone interessate, o a richiesta del procuratore regio. V. l'art. 115.

732. Il curatore di una eredità giacente è tenuto, prima di tutto, di farne constare lo stato per mezzo di un inventario; ne esercita e promuove le ragioni; risponde alle istanze proposte contra la stessa; e l'amministra coll'obbligo di versare il contante che si trova nella eredità, e quello ritratto dal prezzo de'mobili o degli stabili venduti, nella cassa di ammortizzazione, affine di conservarne i diritti, e coll'obbligo di renderne conto a chi sarà di ragione. V. gli art. 1076 e 1077, p. c.

733. Le disposizioni della sezione III di questo capitolo sulle forme dell'inventario, su i modi di amministrazione, e sul rendimento de'conti per parte dell'erede beneficiato, sono in oltre comuni a'curatori delle eredità giacenti (1). V. l'art. 1078 proc. civ.

L'art. pronunzia una pena contro i creditori negligenti: or gli stessi motivi non possono estendersi a'creditori che si presentano *prima* della liquidazione del conto, nè vi è la medesima ragione per mettere nella stessa condizione i creditori che si presentano *prima* e quelli che si presentano dopo la liquidazione del conto. Il sistema contrario potrebbe presentare l'inconveniente, che assunta appena dall'erede beneficiato l'amministrazione de' beni, i creditori più solleciti a presentarsi potrebbero assorbire tutto il danaro in danno di altri creditori, anche privilegiati, che non avessero potuto presentarsi così presto: sarebbe questo il premio della corsa.

II. Il secondo comma dell'art. accorda un'azione a'creditori che si presentano dopo liquidata la successione, contro i legatari, perciocchè costoro niun dritto possono sperimentare contro l'eredità, che dopo il pagamento de' debiti. La legge intanto per non lasciare i legatari in una perpetua incertezza, fa prescrivere l'azione de' creditori contro i legatari in tre anni. S'intende bene che la prescrizione triennale è nel favore de' legatari, nè può invocarsi dall'erede beneficiato; così che se rimangono delle somme in potere dell'erede beneficiato dopo liquidata la successione, i creditori possono anche dopo i tre anni agire contro l'erede, pel motivo che l'erede non può profittare di alcuna cosa dell'eredità in pregiudizio de'creditori. Chabot, sull'art. 809 (728), n. 2.

(1) Non bisogna conchiudere da questo art. che le obbligazioni dell'erede beneficiato e quelle del curatore all'eredità giacente sieno totalmente le stesse. Il curatore à una risponsabilità più estesa, è tenuto anche delle colpe lievi, pel doppio motivo ch'egli è ordinariamente salariato, e che non si potrebbe dir di lui, come dell'erede (art. 722) che amministra i propri suoi affari. Maleville e Chabot sull'art. 814 (733), Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 197; Duranton, t. 7, n. 71.

CAPITOLO VI.

Della divisione, e delle collazioni.

SEZIONE I.

Dell' azione per la divisione, e della sua forma.

734. Niuno può essere astretto a rimanere in comunione; e si può sempre domandar la divisione, non ostante qualunque proibizione o convenzione in contrario (1).

Tale convenzione non può nuocere a'creditori, art. 2106.

Ciò nondimeno si può convenire di sospendere la divisione per un tempo determinato: ed una tal convenzione non può essere obbligatoria al di là di di cinque anni, ma può essere rinnovata (2).

---

(1) *Propinquorum discordias materia communionis solet excitare*, dice la l. 77, §. 20, ff. *de legatis*, 2: Vedi anche la l. 14, §. 3, ff. *comm. dividundo*.

(2) I. Quantunque una società eterna non è compatibile con la instabilità de'nostri interessi, pur tuttavia l' utile de' coeredi può delle volte esigere che la divisione sia differita. Il dritto romano non determinava il tempo nel quale era permesso di sospendere la divisione; e molto saggiamente il codice limita a cinque anni la convenzione di sospendere la divisione. Compito quel termine, essa non à più forza; à bisogno perciò di venir rinnovata.

Questa disposizione che permette a' coeredi di convenire che la divisione sia differita per 5 anni, à fatto nascere la quistione se il testatore possa sospendere la divisione per cinque anni. Merlin, rep. v. *Partage*, §. 1. n. 1 nel sostenere la negativa entra ne' più grandi sviluppamenti. Passando egli a rassegna le opinioni degli antichi giureconsulti, conviene che tutti erano d' accordo nel riconoscere la validità della proibizione temporanea della divisione, sull'appoggio delle leggi *ult.* §. 3, ff. *de legatis* 2; 70, ff, *de condict. indeb.* Ciò non ostante nella 4.ª ediz., t. 22, v. *partage*, §. 1, crede che dette leggi non parlano che di convenzioni tra eredi, e le convenzioni sulla indivisione temporanea possono motivarsi sul perchè gli eredi avendo presa, dopo la morte del testatore, conoscenza dello stato della sua eredità, non meno che de'loro reciprochi sentimenti, sono a portata di giudicare se la sospensione della divisione possa compromettere la loro rispettiva tranquillità, o esporli a dispiacevoli discussioni. Ma il testatore nel momento in cui dispone, può forse sapere se i suoi eredi saranno intenzionati di rimanere nell' indivisione per un tempo qualunque? Ecco perchè, conchiude Merlin, l'art. 734 non parla che di convenzioni tra eredi. Il primo comma stabilisce in regola generale che si può domandare la divisione non ostante qualunque *proibizione in contrario*, ed il secondo comma contenendo una eccezione per *le convenzioni*, la regola sussiste in quanto alle *proibizioni*, per la massima: *exceptio firmat regulam in casibus non exceptis*. È questa anche la dottrina di Chabot, sull'art. 815 (734), n. 2, e di Malpel, n. 242.

Questa dottrina viene impugnata dagli autori delle pandette francesi su questo art., da Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 257 e da Duranton, t. 7, n. 80, e la opinione di questi giureconsulti ci sembra preferibile per più motivi: 1.° L'antico dritto autorizzava per un tempo limitato la proibizione testamentaria della divisione, nè l'art. 734 mostra di aver derogato alle antiche massime; 2.° Se nel secondo comma dell'art. 734 si fa eccezione per le *convenzioni*, è pur vero che nell' art. 816 è scritto di poter il testatore apporre tutte le condizioni che non sono contrarie alle leggi: or non può dirsi contraria alla legge la condizione della indivisione per un quinquennio, quando la legge medesima permette questa convenzione agli eredi; 3.° I motivi che àn determinato il legislatore a permettere la convenzione della indivisione per 5 anni sussistono anche a favore del testatore. Merlin oppone che il testatore non può calcolare gl' incidenti, i quali, dopo la sua morte dissemineranno tra gli eredi la discordia; ed a questa obiezione si può rispondere che il testatore può calcolare gl'interessi di alcuni coeredi assenti, il desiderio di vedere dal tempo riconciliati gli animi di alcuni eredi che animati dallo spirito di discordia, possono promuovere domande giudiziarie o dispendiose di divisione. D' altronde il testatore non può abusare della sofferenza degli eredi, poichè dopo cinque anni ognuno può provocare la domanda di divisione.

735. Può domandarsi la divisione, quando anche uno de'coeredi avesse goduto separatamente parte de'beni ereditarj; purchè non siavi stato un atto precedente di divisione, o non siavi un possesso bastante ad indurre la prescrizione (1).

736. L'azione per la divisione, riguardo a coeredi minori o interdetti, si può esercitare da loro tutori specialmente autorizzati da un Consiglio di famiglia (2). V. gli art. 388, 432, 405, 757 e 759 ll. cc., e 1045 proc. civ.

Riguardo a'coeredi assenti, l'azione spetta a'parenti che sono stati messi in possesso. V. gli art. 126 e 131.

737. Il marito senza il concorso della moglie può domandar la divisione de'mobili o degl' immobili a lei pervenuti, che cadono nella comunione de'

II. La convenzione che prolungasse al di là di cinque anni la indivisione non sarebbe nulla di pieno dritto, ma soltanto riducibile a questo termine. Spiega meglio questa idea che deriva nettamente dall'art. 734, l'art. 1506, il quale vietando il patto di ricompra al di là di cinque anni, aggiunge, che se è stipulata per un termine più lungo, si riduce al detto termine. Pandette francesi e Chabot sull'art. 815 (734); Delvincourt lib. 3. tit. 3, nota 257; Duranton, t. 7, n. 81.

III. La convenzione della indivisione per 5 anni debbe essere fatta da tutti gli eredi. Se colui che non l' à sottoscritta domandasse la divisione, la convenzione si troverebbe distrutta riguardo a tutti gli altri, mentre è nell' interesse comune che non si facciano due divisioni. Ma se colui che non à sottoscritto vuole soggiacere alla indivisione, coloro che ànno sottoscritto non possono provocare la divisione. Chabot, sull' art. 815 (734), n. 8; Duranton, t. 7, n. 83.

(1) La prescrizione deve risultare da un godimento separato di 30 anni. Merlin, rep. v. *partage*, §.1.n. 4; Chabot, sull'art. 816 (735) n.1; Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 261; Duranton, t. 7, n. 93, Malpel n. 243. Ma se l'erede avesse venduto ad un terzo de'fondi che possedeva separatamente, questo terzo potrebbe opporre agli altri coeredi che domandano la divisione, la prescrizione di dieci o venti anni, poichè in questo spazio di tempo prescrivono la proprietà, art. 2171. Il terzo poi che avesse acquistato i dritti di successione non prescriverebbe che con 30 anni, poichè entra nel luogo dell'erede. Chabot, ibid, n. 2; Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 261; Duranton, t. 7, n. 94.

È da osservarsi che l' erede che à posseduto separatamente, e che oppone la prescrizione per impedire la divisione, non può domandare una quota maggiore di quella che à posseduto, poichè se facesse questa domanda verrebbe a confessare che non vi è stata divisione; Chabot, ibid., n. 3.

Il godimento separato de'mobili dell' eredità equivale, secondo Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 260 a divisione, poichè quando l'eredità è mobiliare si presume che vi sia stata divisione amichevole e senza scrittura: in fatto di mobili il possesso vale per titolo, art. 2185, ed in conseguenza l'azione di divisione non potrà essere più intentata. Ma Duranton t. 7, n. 96 modifica questa risoluzione: egli non ammette la presunzione, che dopo decorso un certo tempo dall' apertura della successione, il quale varierà secondo le circostanze; esige poi un tempo più lungo riguardo a' minori o interdetti, atteso che le divisioni le quali gl' interessano sono sottoposte a formalità ch' escludono la supposizione di una divisione; che debbono specialmente esser fatte in giudizio, poichè la legge non distingue un' eredità tutta mobiliare da quella in cui vi sono immobili, art. 757 e 759.

(2) La divisione, secondo le leggi romane, è una specie di alienazione: esse l' assimilano, sotto taluni aspetti ad una vendita o ad una permuta; l. 20, §. 2, ff. *famil. ercisc*; l. 77, §.18, ff. *de legat* 2; l.1, Cod. *commun. utriusq. jud.* La divisione nel nostro dritto è stata considerata sotto questo aspetto, quantunque per l' art. 803 non sia trasferitiva ma semplicemente dichiarativa di proprietà. Da ciò nasce che per le persone incapaci di disporre de' loro dritti le domande di divisione non possono promuoversi che osservate le formalità prescritte dalla legge.

Il minore emancipato può istituire l'azione di divisione colla sola assistenza del suo curatore, sì perchè nell' art. 405 si dice che per istituire un'azione sopra stabili à bisogno dell' assistenza del curatore, sì perchè nell'art. 759 si dice che le divisioni fatte da' minori emancipati *assistiti da' curatori* sono diffinitive. Toullier, t. 2, n. 1298 avea insegnato che il minore non poteva istituire l' azione di divisione senza l' autorizzazione del consiglio di famiglia, ma si è ritrattato nel t. 4, n. 408, seguendo la dottrina di Chabot, sull'art. 817 (736) n. 3, adottata da Duranton, t. 7. n. 105, e da Malpel, n. 244. *Contra*, Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 267.

V. gli art. 1362, 1391, e la nota 2, pag. 287.

beni. Riguardo a quelli che non cadono nella indicata comunione, il marito non può domandarne la divisione senza il concorso della moglie: può soltanto, se ha il diritto di godere de'di lei beni, domandare una divisione provvisionale.

V. l'art. 1413.

I coeredi della moglie non possono domandare la divisione diffinitiva, se non chiamando in giudizio il marito e la moglie.

V. l'art. 757.

738. Se tutti gli eredi sono presenti ed in età maggiore, non è necessaria l'apposizione de'suggelli su' beni ereditarj; e la divisione può farsi in quella forma e con quell'atto che le parti interessate crederanno conveniente.

V. gli art. 729, 986, ll. cc., e 986 a 988, p. c.

Se tutti gli eredi non sono presenti (1), se fra essi si trovan de'minori o degl'interdetti, si dovrà apporre il suggello nel più breve termine, a richiesta degli eredi o del procuratore regio presso il tribunale civile, o anche *ex officio* dal giudice del circondario dove si è aperta la successione.

V. gli art. 986, p. c.

739. I creditori possono benanche richiedere l'apposizione de'suggelli in virtù di un titolo esecutivo, o col permesso del giudice (2).

V. gli art. 1003 e 1004, p. c.

740. Quando si sono apposti i suggelli, è permesso a qualunque creditore di opporsi alla rimozione de'medesimi, ancorchè non abbia nè titolo esecutivo nè permesso del giudice.

V. gli art. 1005 a 1020, p. c.

Le formalità per togliere i suggelli e per formare inventario sono regolate dalle *leggi della procedura ne'giudizj civili.*

V. gli art. 115, ll. cc., e 151, p. c.

741. L'azione per la divisione, e le controversie che insorgono nel corso delle operazioni, sono della cognizione del tribunale del luogo ove si è aperta la successione.

V. gli art. 804 e 808.

In questo tribunale si procede agl'incanti, e debbon presentarsi le domande relative alla garentia delle porzioni fra i condividenti, e quelle dirette a rescindere la divisione. (3).

V. gli art. 1042 e 1045, p. c.

742. Se alcuno de'coeredi ricusa di acconsentire alla divisione, o se insorgono controversie sul modo d'intraprenderla o di ultimarla, lo stesso tribunale pronunzia come nelle cause sommarie; o commette, se occorre, ad uno de'giudici le operazioni della divisione, e sulla di lui relazione decide le controversie.

---

(1) Qui e nell' art. 757 le parole *non presenti* non si applicano soltanto all' assente presunto o dichiarato, ma ad ogni persona la quale trovasi ad una tale distanza dal luogo della morte ch'è necessario un certo tempo per istruirnela ed ottenerne risposta. Chabot sul-l'art. 819 (738) n. 2, Duranton, t. 7, n. 133.

(2) Il dritto di domandare l'apposizione de' sigilli appartiene evidentemente a' creditori dell' eredità. I creditori personali degl' eredi avrebbero la stessa facoltà? Toullier, t. 4, n. 411 insegna l' affermativa, perciocchè se i creditori possono accettare la successione dell' erede quantunque vi abbia rinunciato, art. 705, e se possono impedire la divisione in loro assenza, art. 802, non si può ricusar loro il dritto di domandare l' apposizione de' sigilli, il quale non è che un atto conservatorio per devenire alla divisione. Vedi anche Chabot, sull'art. 820 (739), n. 3.

(3) Segue da questo art. che il tribunale non sarebbe competente a giudicare le contestazioni che si elevano dopo la divisione, poichè dopo la divisione ciascun coerede à portato via la sua porzione, i suoi titoli: la eredità più non esiste. Il secondo comma dell'art. fa eccezione per le domande di garantia e di rescissione, ed un' altra ne aggiunge l' art. 151 proc. civ. *per le domande relative alle disposizioni a causa di morte, sino al giudizio diffinitivo,* le quali domande tutte danno per lo più luogo ad una nuova divisione. Segue inoltre da questo art., che lasciando il defunto un solo erede, anche beneficiato, i creditori dell' eredità non potrebbero farlo citare che innanzi al Tribunale del suo domicilio, poichè l'art. in esame à dichiarato competente il Tribunale dell'apertura della successione pel solo caso di divisione. Arresto della cassazione di Parigi de' 18 Giugno 1807, in Sirey 1807, pag. 425; Chabot, sull' art. 822 (741), n. 6, Toullier, t. 4, n. 414: Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 276; Carré *procedure civile,* quistione 262.

743. La stima degl'immobili si fa per mezzo di periti scelti dalle parti interessate, o nominati di ufizio, quando esse non convengano nella scelta (1).

V. gli art. 1045, 1046 e 1047, p. c.

Il processo verbale de'periti dee presentare le basi della stima; dee indicare se la cosa stimata possa comodamente dividersi, ed in qual maniera; e finalmente in caso di divisione dee fissare ciascuna delle porzioni che si posson fare, ed il loro valore (2).

V. l'art. 416, p. c.

744. La stima de'mobili, quando non se ne sia fissato il prezzo in un inventario regolare, dee farsi a giusto prezzo da persone intelligenti (3), e senza lasciar luogo ad aumento (4).

745. Ciascun de'coeredi può chiedere in ispecie la sua parte de'mobili ed immobili della eredità. Nondimeno, se vi fossero creditori che gli avessero sequestrati o si opponessero, o se la maggior parte de'coeredi (5) ne giudicasse necessaria la vendita per lo pagamento de'debiti e de'pesi ereditarj, i mobili saranno venduti pubblicamente nelle solite forme.

V. gli art. 1021 a 1028 p. c.

746. Se gli stabili non possono comodamente dividersi, se ne dovrà fare la vendita all'incanto davanti al tribunale.

Quando però le parti sien tutte in età maggiore, posson consentire che l'incanto sia fatto davanti un notajo da elegersi di comune accordo.

V. gli art. 751, 757, 758, 785, 803, 1532, 1533, 1995 ll. cc.; e 1029, 1030 1050, 1061, p. c.

747. Dopo la stima e la vendita de' mobili e degl'immobili, il giudice commessario rimette, se occorre (6), le parti avanti ad un notajo da essere eletto, o nominato *ex officio*, quando non si accordino nella scelta.

V. l'art. 756.

Davanti a questo ufiziale si procede a'conti che i condividenti dovessero rendersi, alla formazione della massa generale e delle rispettive quote, ed alle somministrazioni da farsi a ciascun condividente.

V. l'art 793.

748. Il coerede che è tenuto a conferire, a norma delle regole che saranno stabilite in appresso, conferisce nella massa ciò che gli è stato donato, e le somme delle quali è debitore.

V. gli art. 762, 770, 775 leg. civ.; e 1054 proc. civ.

749. Se la collazione non è fatta in ispecie (7), i coeredi a'quali è dovuta, prendono anticipatamente una porzione eguale sulla massa ereditaria.

Queste deduzioni anticipate si formano, per quanto è possibile, con cose della stessa natura, qualità è bontà di quelle che non sono state conferite in ispecie.

V. gli art. 777, 779 e 783—Il valore degli oggetti da prelevarsi viene fissato su la stima che se n'è fatta in conformità degli art. 743 e 744.

750. Dopo tali deduzioni si procede, sopra ciò che rimane nella massa, alla formazione di altrettante parti eguali, quanti sono gli eredi o le stirpi condividenti.

V. gli art. 665, 755 ll. cc., e 1054, proc. civ.

---

(1) È da osservarsi che la disposizione di questo e degli art. 1054 e 1055 proc. civ. àn modificato quella stabilita nell' art. 389.

(2) Prima della formazione delle quote della massa generale e prima della divisione, vi sono molte altre operazioni preliminari prescritte dagli art. 747, a 753.

(3) Cioè da persone destinate come per la valutazione degl'immobili. Chabot, sull'art. 825 (744) n. 3.

(4) Vedi la nota 1, pag. 111.

(5) La maggioranza non si determina in ragione del numero delle persone, ma bensi dalla quantità delle quote, poiché l' interesse è in generale la misura delle azioni, arg. dell' art. 207 *leggi di eccezione;* Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 279; Toullier, l. 4. n. 416; Malpel, n. 258.

(6) Queste parole, *se occorre*, fanno dubitare se il rinvio innanzi ad un notajo fosse obbligatorio o semplicemente facoltativo. Rimuovono ogni dubbio gli art. 1052, 1055, 1056, e 1057 proc. civ., secondo i quali i tribunali non possono ritenere il materiale della divisione, la quale debbe sempre farsi da un notajo. Ciò a modificato gli art. 389 e 757 secondo i quali le divisioni nelle quali sono interessati minori, interdetti o non presenti dovrebbero farsi dal tribunale.

(7) Ne'casi degli art. 778, 785, 787, 788.

V. gli art. 745, 746 e 778.

751. Nella formazione e composizione delle quote si debbe evitare, per quanto sia possibile, di smembrare i fondi, e di dividerne le coltivazioni; e deesi fare in modo che entri in ciascuna quota, se è possibile, la medesima quantità di mobili, d'immobili, di diritti, o di crediti della stessa specie e dello stesso valore.

752. L'ineguaglianza delle quote si compensa con una somma equivalente, o in rendite o in danaro.

V. gli art. 738, ll. civ.; e 1054, 1055 1058, 1060, 1061 proc. civ.

753. Le quote si formano da uno de'coeredi, se gli altri (1) concordano nella di lui scelta, e se colui che è stato eletto, accetta la commessione: in caso contrario si formano da un perito che si nomina dal giudice commessario. Le quote vengono in seguito estratte a sorte (2).

V. gli art. 1056 a 1058, p. c.

754. Prima di procedere all'estrazione, ciascun condividente è ammesso a proporre i suoi richiami contro la formazion delle quote.

V. l'art. 750.

755. Le regole prescritte per la divisione delle masse si osservano nella suddivisione tra le stirpi condividenti.

V. l'art. 1053, proc. civ.

756. Se nelle operazioni commesse ad un notajo insorgono controversie, il notajo stenderà processo verbale delle opposizioni e di quanto deducono rispettivamente le parti, e l'invierà al commessario destinato per la divisione: ed in oltre si procederà secondo le forme prescritte dalle *leggi di procedura ne'giudizj civili*.

V. gli art. 738, ll. cc.; 1042, 1044, 1060, proc. civ.

757. Se tutti i coeredi non son presenti, o se fra essi vi sien degl' interdetti, o de'minori ancorchè emancipati, la divisione dee farsi giudizialmente in conformità delle regole prescritte negli articoli 736 e seguenti. Se vi sono più minori sottoposti alla tutela medesima, i quali abbiano interessi opposti nella divisione, si dee dare a ciascuno di essi un tutore speciale e particolare.

V. gli art. 382, 383, 425, 1533 ll. cc., e 1048 1049, 1060 p. c.

758. Se vi è luogo ad incanti nel caso della antecedente articolo, non posson farsi se non giudizialmente colle formalità prescritte per l'alienazione de' beni de'minori. Gli estranei vi sono sempre ammessi.

V. gli art. 388, 405, 736, 757, 807, 1268.

759. Le divisioni fatte in conformità delle regole sopra stabilite, sia da' tutori coll'autorizzazione del Consiglio di famiglia, sia da'minori emancipati assistiti da'loro curatori, sia in nome degli assenti, o non presenti, sono diffinitive. Se non sono state osservate le regole prescritte, le divisioni sono semplicemente provvisionali.

760. Qualunque persona, ancorchè parente del defunto, che non abbia diritto a succedergli, ed a cui un coerede abbia ceduto i suoi diritti alla eredità, può essere esclusa dalla divisione da tutti i coeredi o da un solo, rimborsandosele il prezzo della cessione (3).

---

(1) Ed anche i creditori che a norma dell'art. 705 esercitano le ragioni del coerede rinunziante, non che i creditori del condividente i quali a norma dell'art. 802 àn dritto d'intervenire nella divisione.

(2) Vi sono de' casi in cui l'interesse di tutti gli eredi o l'interesse di uno di essi esige che alcune porzioni sieno particolarmente attribuite ad alcuni eredi, senza esser comprese nell'estrazione a sorte. Tanto si verifica nel caso in cui tutti gli eredi non abbiano dritto uguale, o pure quando un erede à fabbricato su di un suolo dell'eredità può ottenere che la porzione in cui è compreso questo suolo, gli sia attribuita a preferenza e senza sorteggio: similmente se uno degli eredi avesse venduto senza frode un fondo prima della divisione, gli acquirenti potrebbero ottenere, che la porzione nella quale è compreso questo fondo gli venga attribuita, purchè non vi sia alcuna presunzione di frode. Arresti della cass. di Parigi degli 11 agosto 1808 (Sirey, t. 8, p. 529) e de'30 agosto 1815 (Sirey, 1815, p. 404). Toullier, t. 4 n. 428; Chabot, sull'art. 834 (753) n. 5; Malpel, n. 259.

(3) La facoltà che ànno i coeredi di escludere dalla divisione l'estraneo cessionario de' dritti di un erede, chiamasi *retratto successorio*, o *azione in surrogazione*. I motivi che ànno determinato la disposizione dell'art. 760 sono stati espressi da Chabot nel rapporto

761. Compiuta la divisione, si debbono consegnare a ciascuno de'condividenti i documenti particolari alle cose che gli sono toccate.

I documenti di una proprietà divisa rimangono a colui che ne ha la mag-

fatto al tribunato, ne'seguenti termini: « Gli estranei che acquistano de'dritti successivi » portano bene spesso la dissensione nelle famiglie, la turbolenza nella divisione. Il pro- » getto di legge presenta i mezzi onde evitarle, e la sua disposizione infinitamente sag- » gia è conforme alle leggi *per diversas et ab Anastasio*, che furono generalmente am- » messe nella nostra giurisprudenza. È d'interesse delle famiglie il non fare entrare ne' » loro segreti ed il non associare ne'propri affari degli stranieri che la cupidità, o la vo- » glia di arrecar danno possono ciò solo determinare a divenire cessionari, e che le roma- » ne leggi dipingevano così energicamente con quelle parole: *alienis fortunis inhiantes* ». Locré t. 5, p. 126, n. 59.

Questi motivi spiegano l'origine del *retratto successorio*. Le leggi 22 e 23 C. *mandati* conosciute sotto il nome di leggi *per diversas et ab Anastasio*, le quali permettevano, come gli art. 1544 e 1545, di escludere i cessionari de'dritti litigiosi, erano applicati dall'antica giurisprudenza a'cessionari de'dritti successori, anche non litigiosi. La pace delle famiglie e l'interesse de'coeredi reclamavano la disposizione dell'art. 760, la cui compilazione troppo laconica à dato luogo a molte difficoltà. Per procedere con metodo, noi esamineremo: 1.° Da chi può essere esercitato il retratto successorio; 2.° Contro chi; 3.° Per qual tempo e con quali condizioni.

I.

Da chi può essere esercitato il retratto successorio.

1.° La facoltà di escludere dalla divisione il cessionario di una quota ereditaria può essere esercitata dagli eredi. Si dubitò se questa facoltà competeva agli eredi quando l'eredità era stata accettata col beneficio dell'inventario, e la ragione del dubbio derivava da che il motivo della esclusione dell'estraneo essendo quello di evitare che s'immischiasse ne'segreti e negli affari della famiglia, cessa questo motivo quando pel modo dell'accettazione gli affari dell'eredità debbono essere lasciati alla investigazione de'terzi. A questa obiezione si è risposto, che il beneficio d'inventario non toglie la qualità di erede, nè toglie le prerogative comuni agli altri eredi; e che tra i parenti si debbono attendere più riguardi e meno contestazioni che tra estranei: *inter parentes res amare non sunt tractandae*. Gli autori quindi non negano all'erede beneficiato il retratto successorio. Chabot, sull'art. 841 (760), n. 13, e Pandette francesi ibid.; Toullier, t. 4, n. 437; Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 265; Duranton, t. 7, n. 185.

2.° L'erede legittimo non solo, ma anche il legatario universale, e l'erede contrattuale possono esercitare il dritto di ricupera successorio. La ragione si è che i legatari universali o a titolo universale succedono *in universum jus*, e dice la l. 128, ff. *de regulis juris*, *II QUI IN UNIVERSUM JUS SUCCEDUNT, LOCO HEREDIS HABENTUR*: Arresto della cass. di Parigi del 1 dicembre 1806 sulle dotte conclusioni di Merlin, rep. v. *droits successives*, n. 9; Chabot, sull'art. 841 (760) n. 6; Toullier, t. 4, n. 439 e 440; Malpel, n. 247; Duranton t. 7, n. 186: Decisioni della Corte di Lione de'17 giugno 1825 (Dalloz, *rec. pér.* 25, 2, 224); della corte di Bordò de'16 luglio 1826 (Dalloz, ibid. 27, 2, 17); della Cassazione di Parigi, del dì 8 giugno 1826 (Dalloz, ibid. 26, 1, 305)—Ma il donatario o legatario a titolo particolare non potrebb'escludere il cessionario de' dritti ereditari, poichè non tiene luogo di erede: decisione della corte di Nimes, de'3 maggio 1827, Dalloz, *rec. pér.*, 27, 2, 218; Chabot, ibid, n. 7—Segue da ciò, che il dritto di escludere un cessionario estraneo appartiene soltanto alle persone che stanno in luogo di erede.

3.° L'art. in esame dice che l'azione in surrogazione può essere esercitata da *tutt'i coeredi o da un solo*. Quando è esercitata da tutti, ciascuno dee profittarne in proporzione del suo dritto, poichè esistendo tra i coeredi una società legale, è applicabile l'art. 1744. Chabot sull'art. 841 (760), n. 15; Toullier, t. 4, n. 437.

Ma se un solo degli eredi à esercitato il dritto di ricupera successorio, possono gli altri domandargli la loro parte del beneficio della cessione, tenendogli conto proporzionatamente di ciò che à sborsato? Merlin, *questions de droit*, v. *retrait de coheritiers*, sostiene l'affermativa, invocando la regola tratta dalla l. 19 ff. *fam. ercisc.*, *venit in actionem familiae erciscundae omne lucrum quod heres ex hereditate sensit*. Questa opinione non è stata seguita dagli autori e da'Tribunali, perciocchè la invocata regola si applica quando il coerede à trattato con gli estranei sopra una cosa che concerne la successione.

gior parte, coll'obbligo però di comunicarli a quelli fra i suoi condividenti che vi avranno interessi, quante volte ne venga richiesto.

I documenti comuni alla intera eredità si consegnano a colui che tutti gli

Ma quando l'erede à fatto il rimborso, si è conseguito lo scopo della legge, ed escludendo l'estraneo è esso stesso divenuto cessionario de' dritti del coerede che avea venduto, e che nella sua qualità di successibile può esser cessionario, non essendogli applicabile l'art. 760 che dispone soltanto contro i cessionari estranei. Chabot, sull'art. 841 (760) n. 16; Toullier, t. 4, n. 438; Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 265; Malpel, n. 348; Duranton, t. 7, n. 199. Decisione della corte di Besançon de' 12 gennajo 1808 e della corte di Riom de' 21 gennajo 1809 in Dalloz, v. *successions*, cap. 6, sez. 3, art. 3, § 2, e della Corte di Montepellier de' 7 luglio 1824, D. *rec. pér.* 1826, p. 372.

È da avvertirsi che secondo Chabot ibid., Toullier, t. 4, n. 438, e Malpel, n. 247 la preferenza non appartiene a colui che à fatto la prima domanda: fino a che la surrogazione non è ultimata mediante il rimborso, il dritto che appartiene a tutti gli eredi sempre sussiste. Ma Duranton ibid. inclina a credere che una semplice intimazione assicurerebbe la prelazione a quello degli eredi che avesse il primo manifestato la volontà di rimborsare il cessionario.

II.

Contro chi può essere esercitato il retratto successorio.

Non contro ogni cessionario di dritti successori può esercitarsi il retratto successorio. Conviene a tal riguardo considerare la natura della cessione e la qualità del cessionario.

In quanto alla natura della cessione debbe osservarsi:

1.° Che per essere escluso dalla divisione il cessionario, fa d'uopo che la cessione sia stata a titolo oneroso. Il donatario cui il coerede avesse ceduto la sua quota ereditaria non potrebbe essere escluso, sì perchè i medesimi motivi che ànno fatto escludere il compratore de' dritti ereditari non concorrono in lui, sì perchè l'art. imponendo l'obbligo di rimborsare il prezzo della cessione, evidentemente non esclude il donatario; ma se il donatario vendesse il suo dritto, l'acquirente potrebb'essere escluso. Chabot, sull'art. 841 (760), n. 10; Toullier, t. 4, n. 446; Duranton, t. 7, n. 194. Arresto della cass. di Parigi del 3 dicembre 1806, in Merlin, v. *droits succ.*, n. 9, e decisione della corte di Lione del 17 giugno 1825, in Dalloz, *rec. pér.* 25, 2, 224.

2.° Che il cessionario a titolo oneroso può essere escluso anche se avesse acquistato una parte della quota ereditaria, poichè vi sono i medesimi motivi per escluderlo, e gli autori convengono su di ciò.

Ma se la cessione è una parte in un corpo determinato, il cessionario potrebb'essere escluso? Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 262 sostiene l'affermativa, e stabilisce per regola generale che il retratto successorio è possibile tutte le volte che la vendita conferisce al compratore la facoltà d'immischiarsi nelle operazioni della divisione: or, egli dice, il compratore a titolo particolare à dritto d'intervenire nella divisione per far cadere l'oggetto nella quota dell'erede venditore. Ma Chabot, sull'art. 841 (760) n. 9, Malpel n. 249, e Duranton, t. 7, n. 202 fanno una sensata distinzione: se per fissare la quantità e 'l valore della porzione venduta fosse necessario di dar conoscenza al cessionario degli affari della successione, il cessionario dovrebb'essere escluso. Se poi la cessione di un oggetto determinato è tale che il cessionario non à dritto d'immischiarsi nella divisione di tutta l'eredità, ed è sufficiente chiamarlo alla divisione che si fa degli oggetti certi e determinati, non può il cessionario essere escluso—Gli autori delle pandette francesi sull'art. 841 (760) e Merlin, *rep. v. droits successiv.*, n. 9 non ammettono alcuna distinzione, e decidono che la vendita di una parte di un oggetto determinato non dà luogo al retratto successorio; ed in questo senso decise la cass. di Parigi a' 9 settembre 1806, la corte di Bruxelles a' 2 dicembre 1817, e la corte di Angers a' 8 aprile 1808, in Dalloz, v. *successions*, cap. 6, sez. 3, art. 3, § 2.

Da tutti però si conviene che il retratto successorio sarebbe ammessibile se gli oggetti particolarmente designati nella vendita componessero tutta la massa ereditaria; e così à deciso anche la corte Suprema di Giustizia di Napoli nel dì 10 aprile 1834, nella causa tra *Durante ed Elefante.*

Qualità del cessionario.—Non tutt'i cessionari sono esclusi dalla successione: è necessario per darsi luogo alla esclusione che il cessionario sia un estraneo, ossia, come dice l'art. 760, *che non abbia dritto a succedere, ancorchè parente del defunto.* Segue da questa disposizione:

eredi hanno scelto per esserne il depositario, coll'obbligo di somministrarli a'condividenti ad ogni loro domanda.

Se vi è difficoltà sulla scelta, verrà diffinita dal giudice.

1.° Che se il cessionario è un coerede, o un legatario, non può essere escluso, poichè è una persona che à dritto a succedere. Lo scopo dell'art. 760 è quello di escludere gli estranei che potrebbero arrecar discordia nella famiglia, e non già coloro che avendo dritto d'immischiarsi negli affari della eredità acquistano la quota di un coerede. Gli autori convengono su di ciò;

2.° Che se il cessionario è colui che essendo abile a succedere, avea rinunciato all'eredità, può essere escluso secondo Chabot, sull'art. 841 (760) n. 4, pel motivo che l'art. 670 pronunzia l'esclusione *anche contro i parenti del defunto*, se non si trovano successibili. Or l'erede che rinuncia è divenuto estraneo all'eredità, come risulta dall'art. 702. Quantunque questa opinione fosse giusta nel rigore de' principi, la cass. di Parigi con arresto del dì 14 marzo 1810 (Sirey, 10, 1, 230) à giudicato diversamente, e questa decisione viene approvata da Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 263.

3.° Che quando due eredità sono indivise, non si possono considerare come estranei coloro che sono chiamati all'una o all'altra, poichè la divisione dee farsi con tutt' i chiamati. La cessione dunque dee essere dichiarata valida, quantunque fatta ad uno de' condividenti che non è coerede del cedente. Merlin, rep., v. *droits success.* n. 9 bis, ed arresto della cass. di Parigi de' 14 marzo 1810, ibid. Pandette francesi sull'art. 841 (760).

III.

A quali condizioni e per qual tempo può essere esercitato il retratto successorio.

1.° Esercitandosi il retratto successorio, devesi al cessionario *rimborsare il prezzo della cessione*. Insorgendo controversie sulla realtà del prezzo, i coeredi possono con testimoni provare la simulazione, art. 1302, o pure deferire il giuramento al cessionario, art. 1314. La corte di Grenoble giudicò ragionevolmente nel dì 11 luglio 1806 che gli eredi non potrebbero dal cedente esigere il giuramento sulla veracità del prezzo, perchè non ànno azione contro di lui. Chabot, sull'art. 841 (760) n. 22; Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 266; Duranton, t. 7, n. 195.

2.° Che se il prezzo fosse una rendita vitalizia, il ricuperamento si effettuerebbe col rimborso de' frutti già pagati, e con la continuazione della somministrazione della rendita, se ancora durasse. Arresto della cass. di Parigi del 1 dicembre 1806, sulle conclusioni di Merlin, *rep.*, v. *dr. success.* n. 9; Chabot, sull'art. 841 (760) n. 24; Duranton, t. 7, n. 198.

3.° La domanda contro il cessionario non dev'essere preceduta o accompagnata da offerta reale. Basta di offrire nella intimazione il rimborso del prezzo, appena sarà accolta la domanda: Decisione della cass. di Parigi del 12 glaciale anno 8, in Dalloz, v. *vente*; Chabot, ibid, n. 23; Duranton, t. 7, n. 198; decisioni della corte di Besanzone de' 13 gennaio 1809, e di Bourges de' 16 dicembre 1833, in Sirey, 13, 2, 362, e 34, 2, 653. In questo senso à deciso la Corte Suprema di Napoli nel dì 10 aprile 1834, causa *Durante ed Elefante*.

4.° Oltre il prezzo, al cessionario si debbono gl' interessi e le spese legittime del contratto; arg. dell'art. 1545; Chabot, ibid., n. 20; Duranton, t. 7, n. 200; Toullier t. 4, n. 450.

Tempo in cui può esercitarsi il retratto successorio.—L'art. 760 avendo per oggetto d'impedire che un estraneo penetri ne' segreti della famiglia, egli è chiaro che il retratto successorio dev' esercitarsi prima della divisione: dopo la divisione il cessionario di una quota di già stabilita non può essere escluso: Merlin, rep., v. *droits success.*, n. 10; Chabot, ibid. n. 12; Toullier, t. 4, n. 449; Delvincourt. lib. 3, tit. 3, nota 262; Duranton, t. 7, n. 203. Potrebbe però la surrogazione esser domandata dopo la divisione, se questa fosse rescissa? Toullier, t. 4, n. 449 e Chabot, sull'art. 841 (760) propongono una distinzione. Se il cessionario avesse acquistato prima di proporsi la domanda di nullità della divisione, non potrebbe essere escluso, poichè à acquistato corpi certi ed una porzione già divisa. Se poi avesse acquistato dopo proposta la domanda di rescissione potrebb'essere escluso, poichè à acquistato dritti litigiosi che l'autorizzerebbero ad immischiarsi negli affari della famiglia—Duranton per altro, t. 7, n. 187 opina che il cessionario può essere escluso tanto se la domanda di rescissione è proposta prima che dopo la cessione, poichè essendo la divisione rescissa, non vi è più divisione, le cose sono rimesse nello stato di prima, ed il compratore altro più non si trova che un cessionario di dritti ereditarî.

SEZIONE II.

Delle collazioni (1).

762. Qualunque erede, ancorchè beneficiato (2), concorrendo ad una eredità, dee conferire a'suoi coeredi tutto ciò che ha ricevuto dal defunto per donazione tra vivi, sì direttamente, che indirettamente (3). Egli non può ri-

V. gli art. 748, 770, 765, 769 1386, 2023.

Il dritto intanto che à ciascun coerede di esercitare il retratto successorio contro il cessionario del suo coerede, si è irrevocabilmente acquistato tostochè il cessionario à dichiarato di volerlo esercitare. Questo dritto non gli può esser tolto da una retrocessione tardiva, o per una risoluzione della cessione, che sarebbe l'effetto di un concerto tra il coerede cedente e'l cessionario: decisioni della Corte di appello di Parigi de'16 maggio 1823, e della Cass. di Parigi del 4 maggio 1819, in Dalloz, *rec. pér* 1826, p. 376, e 1820, 1, 577.

(1) La collazione è la riunione alla massa dell'eredità delle cose che il defunto avea donate ad una persona, che diviene di lui erede e che accetta l'eredità. Dessa à per oggetto di stabilire l'eguaglianza tra i coeredi, ed è stata sempre considerata come accompagnata dalla maggior equità. *Hic titulus manifestam habet aequitatem*, comincia energicamente la l. 1 ff. *de collat. bonorum*.

Questa sezione contiene in materia di collazione le seguenti disposizioni: 1.° Gli art. 762, 765, 766, 767, 768, 769, riguardano da chi e quando è dovuta la collazione; 2.° l'art. 776, a chi è dovuta la collazione; 3.° gli art. 762, 768, 748, 770 a 775, 1386, quali cose sono soggette alla collazione e quali no; 4.° gli art. 777, 778, 749, 779, 785, 787 e 788, in qual modo si fanno le collazioni; 5.° gli art. 780, a 784, 786, qual è il loro effetto.

(2) La collazione avendo per oggetto di stabilire l'eguaglianza tra i coeredi, l'art. impone l'obbligo di collazionare *a qualunque erede, anche beneficiato*. Colui che à ricevuto una donazione dal defunto, trovandosi poi anche successibile, deve conferire nella massa ereditaria i beni donati. È dunque l'incompatibilità delle due qualità di donatario e di erede, che viene per regola stabilita dal codice.

La collazione si fa dall'erede nelle successioni legittime, non già nelle successioni testate, perciocchè nelle successioni testamentarie non si deve avere in principio la eguaglianza tra i coeredi, ma deve eseguirsi la volontà del defunto, il quale avendo istituito legatario universale o a titolo universale colui cui precedentemente avea donato con atto tra vivi, è evidente che avendolo nominato legatario, l'à implicitamente dispensato dalla collazione. L'art. 776 dice che la collazione non è dovuta a'legatari dall'erede legittimo, e per la stessa ragione l'estraneo legatario a titolo universale che avesse precedentemente ricevuto la donazione, deve prendere il legato tal quale trovasi nell'eredità. Non vi può esser alcun motivo per istabilire l'eguaglianza rispetto agli eredi istituiti i quali non riconoscono i loro dritti dalla natura, nè dalla legge, ma unicamente dalla volontà dell'uomo. Grenier, *donations*, n. 485; Toullier, t. 4, n. 465; Chabot, sull'art. 857 (776) n. 3; Malpel, n. 264; Duranton, t. 7, n. 227. Decisioni della corte di Appello di Agen de'28 dicembre 1808, e della cass. di Parigi de'5 novembre 1823, in Dalloz, v. *successions*, cap. 6, sez. 1, art. 2. Questa regola intanto è modificata nel caso dell'art. 835.

(3) Si collaziona dall'erede tutto ciò che à ricevuto *per donazione tra vivi*. Il corrispondente art. 843 del codice francese sottoponeva a collazione anche *i legati*, e questa disposizione non era in armonia con la natura stessa della collazione. Imperciocchè la cosa per esser conferita in massa all'eredità, bisogna che ne sia uscita: e tale non è la cosa legata, poichè non è stata mai in possesso del legatario. Le nostre leggi civili adunque anno ragionevolmente soppresso la disposizione che sottoponeva alla collazione *i legati*, e nell'art. 768 si è ciò detto espressamente: vedi la nota 2, pag. 321.

Dovendosi adunque collazionare le donazioni, conviene osservare:

1.° Che le donazioni fatte con taluni pesi si debbono collazionare, dedotti che sieno i pesi; come se la donazione fu fatta a condizione che il donatario avesse pagato una somma ad un terzo, sarà dovuta la collazione della cosa donata, meno questa somma o un eguale valore. Chabot sull'art 843 (762) n. 13; Grenier, *donations*, n. 533; Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 206; Duranton t. 7, n. 314.

2.° La donazione rimuneratoria è soggetta a collazione, poichè non perde il carattere di liberalità; tanto ciò è vero, che per l'art. 885 è rivocabile per sopravvegnenza di figli: vedi i medesimi scrittori.

3.° Le donazioni *manuali*, quante volte se ne provasse ne'modi legali la esistenza, sono soggette alla collazione. Nondimeno, se una modica donazione manuale si fosse fatta per pura benevolenza, come un regalo di uso, i giudici potrebbero dispensare dalla col-

tenere le cose donate, fuori del caso in cui le donazioni gli sieno state fatte

lazione secondo le circostanze. Pandette francesi, t. 3, p. 291; Duranton, t. 7, n. 305. Arresti de'13 gennajo 1807, in Dalloz, v. *disposition*, cap. 4.

4.° Devesi collazionare anche la donazione *indiretta*. I vantaggi indiretti possono aver luogo o *per l'interposizione di un terzo*, o pel *celamento* della liberalità *sotto la forma di un contratto oneroso*, o per la *rinuncia* ad un vantaggio comune per far che ne profitti colui che si vuol gratificare.

In quanto alla *interpozione della persona*, non si mette in dubbio che debbonsi conferire in massa le cose che si sono ricevute dal defunto per mezzo di persona interposta. Rep. di Merlin, v. *rapport a success.*, §. 3, n. 3; Toullier, t. 4 n. 472; Grenier, *donations*, n. 512 e 514; Malpel, n. 265; Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 208; Duranton t. 7, num. 316.

È da osservarsi però che se la donazione pretesa fatta a *persona interposta* era fatta al figlio del successibile, o al conjuge, l'interposizione non dev'essere presunta di dritto. Qui non si applica la presunzione legale stabilita dagli art. 827 e 1054, a' quali formano eccezione gli art. 766 e 767 che presumono dispensata dalla collazione la donazione fatta al figlio del successibile. Che perciò bisognerebbe provare che, nel fatto, vi à interposizione, fraude, e che la donazione è stata realmente fatta al successibile. Fuori di questo caso, la donazione non potrebbe che esser ridotta alla porzione disponibile. Grenier, *donations*, n. 513; Toullier, t. 4, n. 473; Duranton, t. 7, n. 316 e 317.

In quanto alle donazioni *celate sotto la forma di un contratto oneroso*, è controvertito se debbansi o pur no collazionare. Si dice contro l'obbligo della collazione, che il donante avendo dato alla donazione la forma di un contratto oneroso, à manifestato la volontà di dispensare il donatario dalla collazione, nè vi è frode alla legge. Che se l'art. 762 sottopone con frase generale alla collazione i vantaggi *indiretti*, intende colpire della sua sanzione i vantaggi indiretti *fraudolenti*, ossia quelle donazioni ch'eccedono la quota disponibile o che sono proibite, e questa interpetrazione si giustifica con confrontare gli art. 772, 773 e 834. Or non essendovi frode quando la donazione fatta ad una persona capace non eccede la quota disponibile, bisogna rispettare la volontà del defunto, nè aprire il campo a liti rovinose pretendendo che le convenzioni contenute in un atto a titolo oneroso, passate tra il defunto e l'abile a succedere, contenessero vantaggi indiretti. È questa la dottrina di Toullier, t. 4, n. 472 a 474, di Merlin, *questions de droit*, v. *donation*, §. 5, n. 3, e di Malpel, n. 266—Si è detto in contrario, che l'art. 762 sottopone espressamente l'erede, anche beneficiato, all'obbligo di conferire tutto ciò che à ricevuto dal defunto, direttamente o indirettamente, a meno che la donazione non gli è stata fatta con dispensa dalla collazione; che l'applicazione di questa disposizione é fatta dalla legge medesima alle *convenzioni* ed alle *associazioni* passate col defunto, arg. degli art. 772 e 773; che questa medesima disposizione è tanto meno suscettiva di esser ristretta, che il suo scopo è stato di ristabilire l'eguaglianza tra i coeredi, obbligando colui che à ricevuto dal defunto, a titolo gratuito, sia direttamente, sia indirettamente, a conferire ciò che à ricevuto: or il successibile cui, per esempio, è stata fatta una vendita che si è giudicato di essere una disposizione a titolo gratuito, à ricevuto indirettamente per donazione, ciò che in apparenza gli era stato venduto; egli deve dunque, per ristabilire l'eguaglianza, conferire ciò che à ricevuto in questa forma, nello stesso modo che se l'avesse ricevuta per donazione diretta. Invano si obietta, che perciò solo che il defunto à impiegato un mezzo tortuoso per vantaggiare uno de' successibili, à dimostrato che voleva procurargli un vantaggio a titolo di antiparte, così che il poteva nella misura della disponibile. L'art. 835 da cui si trae argomento, è sotto un titolo differente; non tratta che una donazione espressa consentita nella forma regolata per questa specie di atto: e la dichiarazione di precapienza dev'esser fatta nelle medesime forme. È dunque quella una disposizione speciale che non può distruggere un principio generale, soprattutto quando questo principio è in armonia con le regole della materia, che vogliono l'eguaglianza tra i coeredi, e che si trova implicitamente consacrata negli art. 772 e 773. Questa dottrina (quantunque noi preferiamo quella di Toullier, Merlin e Malpel con la limitazione espressa nella nota 1, pag. 324) é insegnata da Chabot, sull'art. 843 (762) n. 16; Grenier, *donations*, n. 513; Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 228; Pandette francesi sull'art. 843; Proudhon, *de l'usufruit*, n. 2396; Duranton, t. 7, n. 322 a 329.

In quanto *alla rinuncia a favore dell abile a succedere* — Il rilascio di un debito va soggetto a collazione, perchè contiene un vantaggio indiretto. Pothier, *successions*, cap. 4, § 2; Grenier, *donations*, n. 322; Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 230; Duranton, t. 7, n. 310, nota 2.

È controvertito poi se il padre coerede di uno de' figli rinunziando all'eredità per farne profittare un solo figlio, vi sia il vantaggio soggetto alla collazione. Toullier, t. 4, n. 475, Grenier, *donations*, n. 515 si sono pronunziati per la negativa, pel motivo che do-

V. l'art. 835. espressamente a titolo di precapienza ed oltre la sua parte, o colla dispensa della collazione (1).

763. Anche nel caso che le donazioni sieno state fatte con dispensa della collazione, o a titolo di precapienza, l'erede, venendo alla divisione, non può ritenerle se non fino alla concorrenza della quota disponibile: il di più è soggetto a collazione (2).

V. gli art. 829, 830 e 837.

764. L'erede che rinunzia alla eredità, può ciò non ostante ritenere le donazioni tra vivi, sino alla concorrenza della porzione disponibile (3).

---

vendosi collazionare ciò che si è ricevuto dal defunto, il figlio non à ricevuto dal padre la quota che costui ha rinunziato. Per lo contrario Chabot, sull'art. 843 (762) n. 22, Duranton, t. 7, n. 345 e seg.; Delvincourt lib. 3, tit. 3, nota 230, si pronunziano per la collazione, poichè la rinunzia è realmente un atto di alienazione, e contiene una vera donazione, massime quando non vi erano motivi a ripudiare il legato.

(1) La dichiarazione che la donazione è a titolo di *precapienza e per antiparte o colla dispensa dalla collazione* non è sacramentale; può esser fatta in termini equivalenti, purchè indichino in un modo non equivoco che tale è stata la volontà del donante. Grenier, *donations*, n. 483 e seg.; Toullier. t. 4, n. 455; Chabot, sull'art. 843 (762) n. 7; Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 228; Duranton, t. 7, n. 218 e 219.

La dispensa dalla collazione si presume di pieno dritto nelle divisioni fatte dagli ascendenti a'loro figli, poichè a'termini dell'art. 1035 non sono rescindibili che nel caso di lesione oltre il quarto, e quando il gratificato per antiparte riceva più della disponibile. Chabot ibid, n. 8.

(2) L'eccesso della quota disponibile dovendosi collazionare si restituisce in ispecie; art. 785.

È indipendente dalla volontà del donante o testatore di togliere all'erede che à dritto alla riserva il favore della legge, e prescrivergli di contentarsi del valore di essa: non si può far dipendere dall'evento di una condizione, nè gravarsi di alcun peso, l. 32, Cod. *de inoffic. testàm.*, art. 829: tal è il sentimento di tutti gli autori, e massime di Merlin rep. v. *legittime*, sez. 7, di Grenier, *donations*, n. 648, e di Toullier, t. 5, n. 153.

(3) Su questo art. è surta una grave controversia, se cioè il riservatario che rinuncia all'eredità per ritenersi la sua donazione non dispensata dalla collazione, possa ritenere, oltre la quota disponibile, la sua parte nella quota di riserva; o in altri termini, se la quota di riserva è una quota de'beni o pure una porzione dell'eredità. La utilità di questa quistione, osserva Voet *ad pandectas*, lib. 5, tit. 2, n. 45 consiste, fra le altre cose, in ciò: 1°. Che se la legittima è una parte dell'eredita, coloro che la domandano come eredi, debbono in ragione della loro quota i debiti che si sieno scoverti, ancorchè superino le forze della eredità; per lo contrario se la legittima é una porzione de'beni, per i debiti che oltrapassino il valore del patrimonio, i legittimari possono liberarsi dal pagamento de' debiti restituendo ciò che ànno ricevuto a titolo di legittima: 2°. Che l'erede istituito nella sola legittima può revindicare il suo fondo alienato dal defunto, laddove si consideri la legittima come una quota di beni; per lo contrario considerandosi come una parte dell' eredità, il legittimario non può per la porzione in cui è erede, revindicare il fondo, essendo tenuto di rispettare il fatto del defunto, per la legge *cum a matre* 14, C. *de rei vindic.* Tre opinioni si sono pronunziate su questa quistione.

Secondo la prima opinione il dritto alla riserva è affatto indipendente dalla qualità di erede; ma invece é attaccato per natura e per legge alla sola qualità di discendente o di ascendente, e quindi il donatario che rinuncia all'eredità per ritenere il dono, oltre della quota disponibile riterrà la quota della riserva che gli sarebbe spettata. Tale opinione fondata sotto l'impero dell' antica giurisprudenza sulla l. 5, C. *de inofficioso testamento* e sulla l. 5 C. *de inofficiosis donationibus*, era sostenuta dal Presidente Fabro, C. lib. 2, tit. 3, def. 18; da Fachineo, lib. 12, cap. 4; da Mantica, *de conject. ult. volunt.* lib. 7. tit. 8, n. 5, e da Voet, *ad pandectas*, lib 5, tit. 2, n. 44.

Per la seconda opinione si dice, l'erede della riserva che à rinunziato all'eredità, non può per via di azione reclamare la sua quota nella riserva, ma può bensì ritenerla per via di eccezione; ed in conseguenza se à rinunziato all' eredità per attenersi ad una donazione tra vivi che gli sia stata fatta, può ritenere cumulativamente su' beni donati e la porzione disponibile e la sua quota nella riserva. Questa opinione, fu sostenuta sotto l'impero del codice da alcuni giureconsulti, e massime da Grenier nel rep. di Merlin, art. *riserve*, da Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 220.

Secondo l' ultima opinione, l'erede che à rinunziato à dritto solo a ritenere la porzione disponibile, senza poter avere dritto alla riserva, e questa opinione sembra la più esatta

765. Il donatario che non era erede presuntivo al tempo della donazione, ma che si ritrova idoneo a succedere quando si apre la successione, debbe egualmente conferire, purchè il donatore non l'abbia dispensato.

766. L'erede non è tenuto a conferire ciò che è stato donato al figlio di lui.

Se la donazione eccede la quota disponibile può esser ridotta, art. 837.

767. Similmente il figlio, succedendo per ragion propria al donante, non è tenuto a conferire le cose donante al suo padre, ancorchè abbia accettato l'eredità di costui. Ma se il figlio succede per diritto di rappresentazione, dee conferire ciò che fu donato al padre, anche nel caso che abbia ripudiato la di lui eredità (1).

V. l'art. 666.

768. Le donazioni fatte al conjuge di colui che è in grado di succedere, non soggiacciono alla collazione.

Se le donazioni sieno fatte congiuntamente a due conjugi de'quali uno solamente sia in grado di succedere, questi ne conferisce la metà: se sieno fatte a questo solo, ha luogo la collazione per intero.

I legati non soggiacciono a collazione, eccetto quando il testare ve gli abbia espressamente sottoposti (2).

V. gli art. 789, 790, 835.

---

sotto l'impero del codice. L'erede in vero à dritto alla sua riserva solo quando è rivestito della qualità di erede; per la sua rinuncia all'eredità perde un tal dritto, e molti articoli del codice dimostrano nettamente che il dritto alla riserva è subordinato alla qualità ereditaria; che anzi la legge espressamente chiama *eredi* coloro che ànno dritto alla riserva, e questa verità si raccoglie chiaramente dal complesso degli art. 789, 833, 841, 847, 848, 930, 932, 935, 965, e 967. Questi articoli suppongono che colui cui è dovuta una riserva ne sia in possesso fin dalla morte del disponente: or l'art. 645 conferisce il possesso legale a'soli eredi, ed è agli eredi della riserva che il rilascio de'legati dev'essere domandato da tutti coloro che ànno in loro favore una disposizione testamentaria, la quale, quando venisse fatta sotto il titolo d'instituzione di erede, non altro sarebbe che un legato, art. 930. Si deve adunque ammettere come un principio nella nuova legislazione, che il dritto alla riserva sia inerente alla qualità di erede. In questo senso à deciso la Corte di cassazione di Parigi con arresto del dì 18 Febbrajo 1818 riferito da Chabot, sull'art. 845 (764), il quale si è nella 5 edizione uniformato alla dottrina nell'arresto consacrato, quantunque nelle precedenti edizioni fosse stato di avviso contrario. Toullier, t. 5, n. 110 professa la dottrina di essere la riserva un dritto ereditario, e quantunque Grenier, *donations*, l'avesse contrastata vi si è poi uniformato nel t. 2, n. 566 e 566 bis. È questa anche l'opinione di Levasseur, *traité de la portion disponible*, n. 148, e di Duranton, (*) t. 7, n. 257, 291, e 299. La Corte Suprema di giustizia di Napoli con arresto del dì 13 gennaio 1835 ritenne il medesimo principio, a rifermare il quale è utilissimo osservare che l'art. 722 delle nostre leggi civili avendo stabilito che *l'erede cui sarebbe dovuta una quota di riserva* perde in mancanza d'inventario il diritto a dedurla non solo, ma è tenuto ne' beni propri, decide di già che il dritto a ripetere la riserva è inerente alla qualità di erede, altrimenti la mancanza d'inventario non potrebbe far perdere al legittimario il dritto di reclamarla, e molto meno quello di obbligarlo su' beni propri all'adempimento de' legati.

(1) È un principio generale che l'erede è tenuto a conferire le sole donazioni che gli sono state fatte personalmente, poichè quelle che non sono state fatte a lui direttamente vengono considerate a titolo di precapienza. È una conseguenza di questo principio che il donatario non deve conferire ciò che è stato donato al figlio morto prima del donante. È una conseguenza dello stesso principio che il figlio del donatario succedendo per ragion propria al donante, non deve conferire ciò ch'è stato donato a suo padre di cui è erede. Per lo contrario deve conferire la donazione fatta al padre donatario, quando viene alla successione del donante *jure repraesentationis*. Non è dunque la qualità di erede del donatario che costituisce l'obbligo della collazione, ma quella di suo rappresentante nella successione del donante. V. la nota 2, 268.

Le donazioni adunque che non sono state fatte alla persona dell'erede sono sempre considerate a titolo di precapienza, *purchè il donante non abbia espressa una volontà contraria*, disse Treilhard nell'esposizione de' motivi (in Locré 5, p. 99, n. 33).

(2) Nella nota 3, pag. 318 si è data la ragione per cui le nostre *leggi civili* non sotto-

---

(*) Duranton confuta l'opinione contraria che attribuisce a Merlin. È da osservarsi che l'art. *legitime* del repertorio, è ricavato dall'antico repertorio di Guyot: sotto la voce *reserve* (articolo di Grenier) la materia è trattata secondo i principi del codice.

41

V. gli art. 762, 765. 769. La collazione si fa solamente alla eredità del donante.

770. È soggetto a collazione ciò che si è impiegato per formare uno stabilimento ad uno de'coeredi, o per pagare i di lui debiti (1). V. l'art. 718.

---

pongono all' obbligo della collazione i legati. Il terzo comma dell'art. 768 si è aggiunto al corrispondente art. del codice francese per maggiormente rifermare questo principio che ha la sua sorgente nelle ll. 10 e 16, Cod. *de collat.*, 17 §, ultimo ff. *de legatis;* sentenze di Paolo, lib. 3, tit. *de legatis;* Vinnio, *de collat.*, cap. 14, n. 6 e 7.

Questo principio intanto di non essere i legati soggetti a collazione se non quando il defunto l' avesse espressamente prescritto, riceve una modificazione nel caso del legato della quota disponibile, giusta l' art. 835: vedi la nota su detto articolo.

(1) I. Si deve la collazione di ciò ch' è stato speso per lo *stabilimento*: e dall'altra parte l' art. 771 dispensa dalla collazione le spese d' istruzione e di educazione. Bisogna dunque distinguere ciò che si è impiegato per uno stabilimento, da ciò che si è impiegato per l' istruzione e per l' educazione. Sono spese di stabilimento una dote, art. 1386, una carica di notaio o altra simile, un fondo di commercio, una porzione di una società, un corpo d' istrumenti per l'esercizio di una professione. Merlin, rep., v. *rapport. à succes.* §. 3, n. 18; Chabot, sull' art. 851 (770), n. 1; Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 230; Duranton, t. 7, n. 311, 314 e 315.

II Si deve altresì collazionare, a' termini dell' art. in esame, ciò che si è impiegato *per pagare i debiti* di uno de' coeredi. Su questa disposizione si elevarono nel consiglio di stato di Francia due quistioni. La prima, se si dovesse la collazione delle spese inutili che il padre avesse pagate pel figlio nel corso degli studi di costui, senza che vi fosse altra prova a questo riguardo, che delle semplici menzioni che si trovassero nelle carte domestiche del defunto. A questa domanda di Regnaud replicò Treilhard « che i tribunali de» ciderebbero, in questo caso, secondo le circostanze. I tribunali non condannerebbero » il figlio a conferire le somme modiche che il padre avesse pagate per lui; ma non sa» rebbe lo stesso se queste somme formassero una parte considerevole del patrimonio del » padre » Locré, t. 5, p. 70, n. 11 — Chabot, sull' art. 851 (770) n. 2 sostiene che dev' essere in questo senso interpetrato l' art.; ma Duranton, t. 7, n. 312 vuole che sia nello stesso tempo presa in considerazione la qualità del debito, così che i debiti usurari pagati dal padre si porranno difficilmente a collazione.

La seconda quistione agitata nel consiglio di stato fu di sapere, se il figlio dovesse collazionare i debiti da lui contratti nella minor età, e che il padre avesse pagati. Si conveniva che il minore non fosse dispensato, se era emancipato o stabilito, poichè uno stabilimento o emancipazione autorizzando il minore a disporre de' suoi mobili, à potuto in questo stato obbligarsi per somme mobiliari, e per conseguente dovrebbe la collazione. Se poi il figlio non era emancipato, si diceva da una parte, ch' era dispensato dalla collazione, altramente il padre potrebbe rovinare il suo figlio minore pagando debiti contratti al giuoco, o somme prese ad usura. Dall' altra parte dicevasi, se il padre per tenerezza e per non dar dispiacere al figlio avesse pagato i debiti, il figlio non lascerebbe di esser tenuto alla collazione; diversamente i fratelli e le sorelle sopporterebbero le sue sciocche spese. Chabot, ibid, dice che in questo ultimo senso deve interpetrarsi l'art., cioè che il figlio non potrebbe opporre la nullità della sua obbligazione; ma Duranton, t. 7, n. 312 nel confutare l' opinione di Chabot sostiene che il figlio potrebbe opporre la nullità delle sue obbligazioni a' suoi coeredi. I coeredi in vero rappresentano il padre; il padre era surrogato a' creditori; tutte le eccezioni che eran permesse al figlio di far valere contro quest' ultimi, può opporre al padre surrogato ed a' suoi aventi causa. Inoltre il padre pagando i debiti del figlio minore si considera come un gestor di negozi, il quale non trasferisce azione a' suoi eredi contro colui, i cui affari vegliava, e che non si sono convertiti in sua utilità. Val meglio adunque rimettersi per la decisione alle circostanze, e conchiudere con Berlier (in Locré 5, p. 71, n. 11) che per non mettere la legislazione in discordanza con tutt' i principî che vegliano per la fortuna del minore conviene, anche per la tranquillità delle famiglie, di gettare un velo officioso su' debiti contratti per giuoco, con usura ec, e di circoscrivere l' azione in rapporto a' soli debiti *pel pagamento de' quali avrebbe potuto essere legalmente perseguitato in giudizio da' creditori rimborsati.*

Ciò che il padre à pagato pel riscatto di suo figlio prigioniero di guerra, è soggetto a collazione. Repertorio di Merlin, v. *rapp. a succ.*, §. 3.

La somma pagata dal padre o dalla madre per far rimpiazzare nell' armata il figlio anche minore che vi era chiamato in virtù della legge sulla coscrizione, va soggetto a collazione, poichè l' obbligo del servizio militare essendo personale pel figlio, ciò che si è pagato dal padre è stato realmente speso per la soddisfazione de' suoi debiti. Merlin, rep.

771. Non si debbon conferire le spese di alimenti, di mantenimento (1), di educazione, d'instruzione (2), le spese ordinarie di abbigliamento (3), quelle per nozze e regali di uso (4).

v. *rapp. à succ.*, §. 3, n. 21; Grenier, *donations*, n. 541, bis; Chabot, sull'art. 851 (700) n. 4; Toullier, t. 4, n. 483; Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 227; Duranton, t. 7, n. 362. Avvertono però con ragione Merlin, Toullier, Chabot e Duranton, che possono esservi delle particolari circostanze, in vista delle quali i tribunali possono non ordinare la collazione: se, per esempio, il padre e la madre abbiano avuto un interesse personale a far rimpiazzare il figlio che dava di se speranze, o era utile per la loro professione o pel loro commercio.

Il figlio maggiore deve mettere in collazione le multe e le riparazioni civili alle quali fosse stato condannato, e che il padre avesse pagato per lui In quanto al figlio minore, bisogna distinguere. Se il padre poteva impedire il fatto del figlio sotto la sua potestà, non si deve la collazione, poichè il padre è in colpa per non aver abbastanza invigilato sulla condotta del figlio: se poi il figlio à agito con discernimento, deve collazionare ciò che dal padre si è pagato per lui. Toullier, t. XI, n. 40, 165, 273, 274, e 275; Duranton, t. 7, n. 367:

(1) La stessa dispensa dalla collazione si trova nella l. 50, ff. *fam. ercis*. È da notarsi in quanto alle spese di alimenti e di mantenimento:

1. Che la dispensa dalla collazione à luogo tanto se il defunto avea l'obbligo di somministrare gli alimenti, quanto no, poichè per coloro che debbono gli alimenti, art. 193, adempiono ad un dovere sacro di natura, e per i collaterali si presume che siensi fatte per affezione, e non già a titolo di vantaggio. Chabot, sull'art. 852 (771) n. 9; Toullier, t. 4, n. 478; Malpel, n. 271; Duranton, t. 7, n. 355.

2.° Che le spese di cui trattasi non sono neanche soggette a collazione, se il figlio o il collaterale avesse personalmente rendite sufficienti, poichè è la natura delle spese e non già il bisogno che ne ànno gli abili a succedere che le à fatte dispensare dalla collazione: Toullier, t. 4, n. 478; Malpel, n. 271 — *Contra*, Chabot, ibid. n. 2, Duranton, t. 7, n. 356.

3°. Che le spese di alimenti e di mantenimento sono dispensate dalla collazione non solo quando sono state fatte in vita del donante, ma anche se si fosse legata una pensione alimentaria all'abile a succedere. I Giureconsulti francesi professano una dottrina contraria, pel motivo che i legati e le donazioni per regola soggetti a collazione, formano un' eccezione nelle spese di alimenti, eccezione che non deve durare oltra la vita del donante. Ma per le nostre leggi civili non essendo i legati soggetti a collazione, art. 768, egli è chiaro che il legato di spese di alimenti non si deve conferire per la natura stessa del legato che non è sottoposto all'obbligo della collazione.

4°. Che le spese di alimenti fatte dal padre pel figlio e per la costui famiglia possono, seconde le circostanze esser considerate come la dote o una parte della dote, la quale per dritto comune è soggetta a collazione, art. 1386. Ma se il figlio, o il genero avesse lavorato per la casa, vi sarebbe compensazione delle spese di alimenti della sua famiglia, e per conseguente non dovrebbe aver luogo la collazione. Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 227; Duranton, t. 7, n. 356.

(2) Le spese di educazione e d'instruzione comprendono i libri necessarî per gli studî, gl'istrumenti per esercitare un mestiere, ec. Nondimeno, se i libri fossero in gran quantità e formassero un corpo di biblioteca, dovrebbero conferirsi, poichè costituirebbero un dono. Pothier, *success.*; Chabot, sull'art. 852, n. 6; Toullier, t. 4, n. 482; Delvincourt, lib. 3, tit. 3; nota 230; Grenier, *donations*, n. 540; Duranton, t. 7, n. 360 — Le spese per ottenere i gradi di una università neanche debbonsi conferire, poichè il dottorato non è uno stabilimento, ma una istruzione perfezionata, ed importa al pubblico bene, all'onore ed all'interesse delle famiglie di facilitare a'giovani i mezzi di perfezionare i loro talenti per essere più nel caso di rendersi utili alla società: Toullier, t. 4, n. 481, e gli autori citati. Delvincourt per altro sostiene che le spese per ottenere la laurea in medicina debbonsi collazionare, e pare che non possa ammettersi questa eccezione.

(3) Val dire ciò che si è speso pel corredare un figlio ch'entra al servizio militare. La legge parla soltanto delle spese *ordinarie* di abbigliamento, donde segue che le spese *straordinarie* si debbono conferire. Chabot, ibid. n. 7; Duranton. t. 7, n. 363.

(4) Le spese di nozze non si collazionano, perchè non apportano vantaggio al figlio che si marita. Esse son fatte piuttosto per onore della famiglia, che per vantaggio di colui che le cagiona — Circa i regali di uso, come abiti nuziali, gioielli ed altri simili doni, si sottoporrebbero alla collazione, se ne fosse fatta menzione nel contratto, poichè questa menzione è la prova che si vogliono assoggettare alla collazione, Chabot, ibid, n.

Eccezione nell' art. 834.

772. Lo stesso ha luogo riguardo agli utili che l'erede ha potuto conseguire da convenzioni fatte col defunto; purchè tali convezioni non contenessero, allorchè vennero fatte, alcun indiretto vantaggio(1).

773. Similmente non si dee collazione per le società contratte senza frode tra il defunto ed uno de'suoi eredi, quando le condizioni sieno state regolate con un atto autentico (2).

V. gl'art. 782 e 1256.

774. L'immobile che è perito per caso fortuito e senza colpa del donatario, non è soggetto a collazione (3).

---

8 (*); Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 227; Duranton, t. 7, n. 365. E bene quindi la Corte Suprema di Napoli con arresto (a camere riunite) del dì 28 settembre 1841 à deciso che il corredo inestimato che si dà ad una donna passando a marito, è soggetto a collazione : (causa *Vulcano* e *Carfora*).

(1) Una convenzione passata tra il defunto e l'erede, e che à procurato a costui un vantaggio non contiene una vera donazione, poichè gli utili sono eventuali e quasi sempre incerti, o pure sono il frutto di una savia amministrazione. Importa alla tranquillità ed agl' interessi delle famiglie, che i parenti possano fare tra loro in buona fede tutte le convenzioni lecite, onde non essere costretti ad introdurre ne' loro affari degli estranei, i quali bene spesso vi portano la divisione e'l disturbo. Ma quando si rileva che le convenzioni contengono un vantaggio indiretto, l'art. 772 coerentemente all' art. 762 dispone che il vantaggio indiretto deve conferirsi. Secondo la dottrina di Toullier e di altri autori (vedi la nota alla pag. 319) l' art. intende qui di far collazionare i vantaggi indiretti proibiti, ossia ch' eccedono la quota disponibile. Ma possono darsi de' casi in cui il vantaggio indiretto risultando dallo stesso atto sotto la forma di contratto oneroso, è la prova di non essersi il vantaggio indiretto dispensato dalla collazione. Così:

1.° Se un padre vende un fondo a suo figlio con promessa di non esigere il prezzo, questa vendita sarà incontrastabilmente soggetta a collazione, perchè à tutti i caratteri intrinseci di una donazione. *Cum in venditione quis pretium rei ponit, donationis causa non exacturus, non videtur vendere*, dice la legge 36, ff. *de contraenda emptione*.

2.° La vendita fatta a vil prezzo ad uno degli eredi si reputa contenere un vantaggio soggetto a collazione. La vendita si reputa a vil prezzo, se la differenza del prezzo al valore reale dell' immobile sia del quarto, prendendo argomento dall' art. 807 che ammette la rescissione della divisione per lesione oltre il quarto: Rep. di Merlin, v. *rapport. à succ.* § 3, art. 4, n. 5; Grenier, *donations*, n. 518; Chabot, sull'art. 843 (762) n. 25; Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 230; Duranton, t. 7, n. 335. Ma in questo caso si deve fare la collazione del prezzo al valore, o dell' immobile medesimo? Tre diversi pareri erano stati adottati da'giureconsulti romani, come si raccoglie dalle leggi 5, §. 5, e 31, § 3, ff. *de donat. int. vir. et uxor.* I nuovi autori pensano che possa esser applicato per analogia l' art. 785. Grenier, *donations*, n. 518; Chabot, ibid.; Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 230; Duranton, t. 7, n. 395 a 402.

3.° L'acquisto di un immobile fatto da un padre in nome di suo figlio e con danaro paterno, costituisce un vantaggio indiretto soggetto a collazione. Lo stesso avverrebbe se nel contratto si fosse detto che l' immobile si è comprato con danaro del figlio, quando constasse notoriamente che il figlio non avea beni. Grenier, *donations*, n. 519; Chabot, sull' art. 843 (762) n. 230; Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 22; Duranton, t. 7, 344.

(2) Le circostanze di fatto potranno far riconoscere se la società è stata fatta senza frode. È indizio di buona fede quando l' erede è socio alle stesse condizioni che lo sarebbe un estraneo; non partecipa a' benefici che dal momento dell' associazione ; ne corre tutti gl' incerti pericoli. Poco importa che le rate non siano uguali, o che non siavene alcuna dell'erede, se ei può essere utile alla società col lavoro e coll' industria. Chabot, sull'art. 854 (773) n. 1; Toullier, t. 4, n. 477; Duranton, t. 7, n. 339.

È da notarsi però, che per esser dispensato dalla collazione le società, è necessario che non sieno universali, le quali sono presunte fraudolenti, art. 1712. Toullier, t. 4, 477; Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 225; Duvergier, t. 5, n. 119.

L' art. in esame esige inoltre che le condizioni della società sieno regolate *da un atto autentico*. Questa formalità non avendo altro oggetto che di evitare le antidate in un atto di società per far godere ad un erede di un'intrapresa che avesse già prodotti de' guadagni, sembra che una scrittura privata che avesse data certa e fatta in tanti originali per quanto sono gl' interessati, dovrebbe produrre il medesimo effetto, art. 1279 e 1282.

(3) La collazione degl' immobili dovendo farsi in ispecie, art. 777 e 778, segue che il

---

(*) Chabot sostiene che i regali troppo considerevoli non indicati nel contratto matrimoniale si dovrebbero collazionare non come regali di uso, ma come donazioni e vantaggi indiretti.

775. I frutti e gl'interessi delle cose soggette alla collazione non si debbono prima del giorno in cui si è aperta la successione (1). V. gli art. 509, 510 e 786.

donatario è debitore di un corpo certo, e quindi per la massima *res perit domino*, la perdita dell'immobile va a carico dell'eredità. La disposizione dell'art. in esame è una conseguenza della regola generale sancita nell'art. 1256: la legge 17, ff. *de obbligat. et act.* diceva: *obligatio speciei extinguitur rei debitae interitu*.

La regola stabilita nel presente art. à luogo anche quando il donatario avesse prima dell'apertura della successione venduto l'immobile che poscia sia perito per caso fortuito nelle mani del compratore; così che non deve conferirne il prezzo. La ragione si è, che per l'art. 779, il donatario dovrebbe dell'immobile alienato conferire il valore che avrebbe *al tempo in cui si è aperta la successione*: or a quel tempo trovandosi perito l'immobile non potrebbe l'erede andar soggetto ad alcuna obbligazione, mentre si arricchisce a spese del compratore, senza pregiudizio per l'eredità. Pothier *success.* cap. 4, art. 2, §. 7; Toullier, t. 4, n. 498; Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 245; Malpel, n. 278; Duranton, t. 7, n. 397; Repertorio di Merlin, v, *rapport. à success.* §. 8, n. 7.

Non basta che l'immobile sia perito per caso fortuito ond'essere dispensato l'erede dalla collazione; l'art. esige l'altra condizione *e senza colpa del donatario*. Imperciocchè vi sono de' casi fortuiti che il donatario poteva prevedere: così quando un edifizio è crollato per mancanza degli accomodi vi è colpa del donatario, e quindi deve conferirne il valore.

Lo stesso dicasi se l'immobile sia perito per colpa delle persone di cui il donatario è tenuto a rispondere, art. 1338. Se poi l'immobile sia perito per colpa delle persone delle quali il donatario non è tenuto a rispondere, non deve conferire il valore dell'immobile, ma l'azione d'indennità che à dritto di esercitare contro gli autori del danno, art. 1257; Chabot, sull'art. 855 (774) n. 5.

Se non è perito tutto l'immobile, si deve conferire ciò che rimane, e nello stato in cui trovasi all'epoca dell'aperta successione; l. 22, §. 3, ff. *ad S. C. Trebell.* Toullier, t. 4, n. 499; Chabot, ibid, n. 4.

Da ultimo è da osservarsi che l'art. in esame non obbliga a collazionare che l'*immobile* perito per caso fortuito. Se dunque la cosa donata era *mobile*, si deve collazionare, perchè non essendo il donatario de' mobili debitore se non del loro valore, art. 787, non viene liberato per la loro perdita; Toullier, t. 4, 490 e 498; Chabot, ibid., n. 7, e sull'art. 868, (787) n. 2.

(1) La collazione dovendosi fare all'epoca dell'apertura della successione, art. 779, si comprende facilmente perchè i frutti e gl'interessi scaduti prima dell'apertura della successione appartengono al donatario. Se il donatario fosse tenuto a restituire i frutti maturati prima dell'apertura della successione, non gli rimarrebbe cosa della donazione, che anzi la donazione gli sarebbe stata di peso, poichè l'obbligherebbe a collazionare un cumolo di frutti.

Da ciò segue:

1°. Che i frutti civili scaduti prima dell'apertura della successione e non pagati, appartengono al donatario, poichè i frutti civili intendendosi acquistati giorno per giorno, art. 511, l'arretrato costituisce una proprietà di già acquistata dal donatario: Chabot, sull'art. 856 (775) n. 5, nel quale riferisce un arresto della corte di cass. del 31 marzo 1818; Toullier, t. 4, n. 486; Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 254; Duranton, t. 7, n. 371.

2°. Che se è stato donato un dritto di usufrutto, il donatario usufruttuario neanche deve conferire i frutti o gl'interessi percepiti prima dell'apertura della successione, poichè l'obbligo della collazione non può riguardare che i fondi o i capitali, e non già il godimento. Proudhon, de l'*usufruit*, n. 2396; Toullier, t. 4, n. 485; Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 254; Duranton, t. 7, n. 372.

Ma debbe dirsi lo stesso per i frutti scaduti prima della morte del donante nel caso di donazione di semplici godimenti? Secondo la l. 9, §. 1. ff. *de donationibus* bisognerebbe dire che i frutti ed i godimenti donati debbonsi considerare come altrettanti capitali, e quindi conchiudere per la collazione. L'art. 775 però stabilisce una regola contraria, sì perchè le donazioni di frutti rendite o pensioni si presumono fatte per alimenti e dispensate dalla collazione pel disposto dell'art. 771, sì perchè sarebbe strano che quando l'erede figlio à ricevuto in donazione un immobile della rendita di mille ducati, per esempio, non fosse tenuto a conferire le rendite percepite sino alla morte del donante, mentre un altro figlio non avendo ricevuto che una rendita di 800 ducati, sarebbe obbligato a conferire quanto à percepito. Gli scrittori perciò stabiliscono che la donazione di frutti o godimento non è soggetta a collazione. Pothier, *succession*, cap. 4, n. 7; Toullier, t. 4, n. 485; Chabot, sull'art. 855 (775) n. 6.; Grenier, *donations*, n. 540; Malpel,

776. La collazione non è dovuta se non dal coerede al suo coerede: non si dee nè a'legatarj nè a'creditori della eredità; salvo ciò che si dirà intorno alla imputazione negli articoli 789 e 790 (1).

---

n. 271 — Merlin però, rep. v. *rapport a successions*, §. 4, art. 2, n. 10, confuta questa dottrina, poggiando la sua opinione sulla l. 9, §. 1, ff. *de donationibus*; e Duranton t. 7, n. 374 mentre ammette per massima il sistema di Merlin, pure conviene che dalle circostanze deve effettuarsi l' intenzione del defunto.

È da notarsi però che se il padre fosse obbligato a pagare personalmente la pensione al figlio, ed avesse fatto un cumulo di arretrati appunto per vantaggiarlo, i tribunali per impedire de' vantaggi eccessivi ànno la facoltà di ridurre gli arretrati. Chabot, ibid.

È da avvertirsi in ultimo che dopo la morte del donante, gl' interessi ed i frutti della cosa soggetta a collazione appartengono all'eredità *ipso jure*, anche se non vi fosse stata domanda giudiziale: è questa un'eccezione all'art. 1107. Chabot, ibid. n. 4; Delvincourt, lib. 3 tit. 3 nota 254; Duranton, t. 7, n. 369.

Ma non è da omettersi che se la cosa soggetta a collazione è un immobile, pel quale il donatario à il dritto di ritenzione per le migliorie fattevi, giusta l'art. 786, durante la ritenzione non decorrono i frutti a favore della eredità, nè gl' interessi per le migliorie a favore del donatario. Da una parte, costui rende propri i frutti, in virtù della disposizione speciale che legittima il suo possesso: ed i coeredi non ànno ragione di querelarsene, perchè n' è causa il loro ritardo a pagare le migliorie. Da un' altra parte, il donatario trova ne' frutti che percepisse gl' interessi delle somme dovutegli. Chabot, sull' art. 767 (786) n. 2, e Duranton, t. 7. n. 390.

(1) È indispensabile esporre i motivi per cui la collazione non si deve a' legatari ed ai creditori.

I. *In quanto a'legatari*—Il legatario acquista dritto su'beni che compongono la successione al tempo della morte del disponente. I beni precedentemente donati non fanno più parte del costui patrimonio, e se la legge obbliga il donatario che riunisca la qualità di erede a collazionare il dono, l'è per istabilire l'eguaglianza tra i coeredi, eguaglianza che non à dritto d'invocare in suo favore il legatario, che ripete il suo dritto dalla volontà dell'uomo. D'altronde, se l'erede non può domandare contro l'erede istituito o il legatario la collazione, come osservammo nella nota 2, pag. 318, del pari il legatario non può domandare collazione contro l'erede, il quale non è obbligato di contribuire ad un' eguaglianza verso di lui.

Ma la regola che la collazione non si deve al legatario, à anche luogo quando il legatario riunisce la qualità di erede del testatore? Per esempio, un padre maritando due figliuole, à dato di dote a cadauna ducati quattro mila. Indi con testamento lega la quota disponibile a due figli maschi: la successione si compone di ducati venti mila. Le figlie femmine domandano la quota ereditaria, ed i maschi oppongono di dover collazionare le doti. Si domanda, se la quota disponibile dev'essere calcolata su' soli beni che il defunto à lasciati nel tempo della morte, o pure su'beni che compongono tutta la massa ereditaria evidentemente cresciuta di ducati ottomila per la collazione delle doti? La risoluzione di questa quistione tenne lungamente fluttuante la giurisprudenza, e la stessa corte di Cassazione di Parigi. Si diceva contro il legatario, che il testo dell'art. 776 decide primamente che non si deve la collazione se non dal coerede al suo coerede, donde risulta che dinanzi qualunque divisione, il coerede à dritto di chiedere la collazione dal coerede: indi lo stesso art. aggiunge, che la collazione non si deve a' legatari, dal che s' inferisce che in niun caso quegli che presentasi come legatario, possa domandare questa collazione; che quegli che riunisce la doppia qualità, non possa o non debba cumularle, nè confonderle per riunire i dritti di coerede e di legatario che la legge à dichiarato tra loro differenti. In sostegno di questa opinione si aggiunge, che non si possono applicare le regole prescritte per la riduzione delle donazioni e de' legati alle disposizioni di legge relative alle collazioni, poichè le regole sulla collazione differiscono essenzialmente da quelle stabilite per le riduzioni, mentre l'art. 839 non presenta che una riunione fittizia alla massa, e l'art. 838 ordina che nè i legatari nè i creditori possono domandare la riduzione, nè profittarne. In questo senso decisero più corti reali di Parigi, e la corte di Cassazione con arresto del dì 30 dicembre 1816, alla cui autorità si piegarono Chabot, sull'art. 857 (776) n. 4, e Toullier, t. 4, n. 465. Nello stesso modo la cassazione decise con arresti del 27 marzo 1822, del dì 8 dicembre 1825 in Dalloz, t. 5, v. *dispos. entre vis.* cap. 3, art. 2. Questa giurisprudenza invece di essere ammessa senza opposizione, provocò quella de'giureconsulti e delle corti, le quali con una vera indipendenza giudiziaria ritenevano il principio contrario, e molti pareri furono pubblicati contro la giurisprudenza della corte di Cassazione: ed ecco in riassunto i motivi di quest'ultima opinione:

777. La collazione si fa o col presentare la cosa nella sua specie, o con V. l'art. 749.

1.° I beni del padre di famiglia, sono divisi in due parti, la riserva e la quota disponibile, art. 829. La prima è una specie di debito verso i figli, l'altra può esser oggetto di pura liberalità. Ciò posto, come debbonsi imputare le donazioni tra vivi? Bisogna distinguere. Se sono fatte ad un estraneo o ad un figlio a *titolo di precapienza* s'imputano sulla *quota disponibile*, avendo il donante usato il diritto di fare una pura liberalità: se le donazioni sono *per anticipazioni di eredità* s'imputano sulla riserva, poichè il padre di famiglia paga anticipatamente in tutto o in parte il suo debito. Or nel sistema che nella valutazione della quota disponibile non dovessero includersi i beni che si debbono collazionare, ne seguirebbe che le donazioni per anticipazione di eredità s'imputano sulla porzione disponibile, la quale perciò si trova diminuita. Non è quindi confondere le donazioni per anticipazione di eredità con quelle *a titolo di precapienza*?

2.° All'epoca della morte del testatore, è a vedersi se si è rispettata la riserva, e se si è ecceduto nella quota disponibile. Questa conoscenza sorge immediatamente dietro quella di tutt' i beni del disponente, e l'art. 839 dispone il modo onde comporre la massa; val dire che dalla riunione fittizia de' beni donati si calcola la quota disponibile. Or, se nella valutazione della quota disponibile non entrassero i beni che si debbono collazionare, chi non vede che la quota disponibile non sarebbe quella che la legge permette, ma una quota minore? Che forse le donazioni per anticipazione di eredità impediscono di poter liberamente disporre di tutta la quota disponibile?

3.° Si oppone che l'art. 838 colpisce la sola riduzione delle donazioni o de' legati nell'interesse degli eredi della riserva, e che per nulla risguardi la porzione disponibile nell'interesse del legatario. Questa obiezione è di poco momento, se si riflette che nell'art. 839 si dice espressamente che il calcolo prescritto à per oggetto di fissare *la porzione di cui à potuto disporre* il defunto. Nè potrebb' essere altrimenti, poichè essendo la riserva e la quota disponibile due parti relative ad un medesimo tutto, sarebbe impossibile determinar l'una, senza fissare necessariamente l'estension dell'altra.

4.° Si oppone in secondo luogo che l'art. 776 non accordando la collazione al legatario, i beni donati non possono sull'istanza di costui, rientrar nella massa. Questa maniera di argomentare confondere due cose essenzialmente distinte, la collazione e la riunione fittizia. La riunione fittizia è una specie di calcolo che mettesi in opera onde liquidare la porzione disponibile, e nulla toglie al donatario, il quale non può soffrir riduzione che dalla parte dell'erede non soddisfatto della riserva: la collazione per lo contrario obbliga l'erede a conferire in natura i beni donati. Quindi si possono benissimo mettere in concordanza gli art. 776 e 839. L'art. 776 à per oggetto di negare al legatario la collazione della quota di un erede, dritto riservato a' coeredi per la eguaglianza nella divisione: l'art. 839 regolando il modo di formar la massa per determinare la quota disponibile non fa soffrire al donatario una riduzione della cosa ricevuta per effetto della riunione fittizia. Quindi verificandosi che il defunto à legato la quota disponibile, il donatario farà i suoi calcoli. Se concerrendo alla eredità con collazionare la donazione, può oltre il dono conseguire altro, accetterà: se poi esaminando gli affari di famiglia gli è conducente di ritenere il dono, gli conviene di rinunziare all'eredità—Queste considerazioni esposte con profondità da molti giureconsulti, massime da Ravez presidente della corte di Bordeaux, da Favard, rep., v. *part. de success.*, sez. 2, § 2; non che la perseveranza delle corti di appello a giudicare che le donazioni per anticipazione di eredità debbono rientrare nella composizione della massa per fissare la quota disponibile, fecero sì che la corte di Cassazione fece una nobile ritrattazione della sua prima dottrina con arresto a sezioni riunite del dì 6 luglio 1826, e Sirey (1826, pag. 314) annunzia che questa ritrattazione della Corte Suprema fu un grande avvenimento per la giuriprudenza. È questa anche la dottrina di Grenier, *donations*, n. 597 bis, di Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 221, e di Duranton, t. 7, n. 296 e seg.

II. *In quanto a'creditori dell'eredità*—Si comprende, dopo le cose discorse, perchè la collazione non è dovuta a'creditori dell'eredità. Imperciocchè i creditori o sono anteriori, o posteriori alla donazione. Nel primo caso i creditori ipotecari non ànno bisogno della collazione, ma per effetto dell'ipoteca possono perseguitare l'immobile nelle mani de'terzi, art. 2000 e 2060: i creditori chirografari non possono pretendere cosa alcuna sulla cosa, quando esce dal dominio del debitore. Nel secondo caso, sì i creditori ipotecari che cartolari non ànno dritto di chiedere la collazione, poichè quando ànno contrattato col defunto, la cosa donata di già era fuori del suo patrimonio.

Sono notevoli però le seguenti osservazioni:

1.° Che se il creditore dell'eredità non à dritto di chiedere la collazione, pure può profittare delle cose donate ch'entrano in collazione, quando l'erede à accettato puramente e

prendere tanto di meno (1).

V. gli art. 751, 749, 784 e 841.

778. La collazione può esigersi nella specie riguardo agl'immobili, ogni qual volta l'immobile donato non sia stato alienato dal donatario, e non si ritrovino nella eredità degl'immobili della stessa specie, valore e bontà, co' quali si possan formare delle porzioni pressochè eguali a favore degli altri coeredi (2).

Se il valore dell'immobile alienato eceda la quota disponibile, vedi l'art. 847.

779. La collazione ha luogo col prender tanto di meno, quando il donatario abbia alienato l'immobile prima dell'apertura della successione. In tal caso si ha riguardo al valore dello immobile al tempo dell'aperta successione (3).

---

semplicemente; ma ciò non è perchè i beni donati ricadono nell'eredità, rispetto a'creditori della medesima, ma perchè l'erede per effetto dell'accettazione pura e semplice è personalmente obbligato a soddisfare tutt'i debiti del defunto. Chabot, sull'art. 857 (776) n. 8; Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 253; Toullier, t. 4, n. 466; Duranton, t. 7, n. 266.

2.° È una conseguenza dell'esposto principio che un creditore ereditario esercitando le ragioni di uno degli eredi suo debitore, può domandare la collazione. Così, se il figlio donatario sia erede beneficiato, e l'altro figlio erede puro e semplice, e quest'ultimo voglia usare del dritto che à di farsi conferire dal fratello i beni donati, i creditori ereditari, che sono divenuti creditori personali dell'erede puro e semplice, esercitandone i dritti, possono esigere la collazione; art. 1119, 802. Pothier, *success.*, cap. 3, art. 2, § 6; Chabot, sull'art. 857 (776) n. 7; Toullier, t. 4, n. 466; Duranton, t. 7, n. 269.

3.° Che i creditori dell'eredità, ed i legatari non possono domandare la collazione, anche contro l'erede beneficiato, sì perchè l'art. 776 non fa alcuna distinzione, sì perchè vi è la stessa ragione di decidere. I creditori in vero non ànno dritto che su' beni dell'eredità, di cui le cose donate tra vivi non fanno parte, essendosene spogliato il donante nel tempo di sua vita. Che anzi i creditori non possono domandare la collazione contro l'erede, appunto quando è beneficiato, mentre quando è erede puro e semplice si diviene suo creditore personale ed in tale qualità si possono sperimentare le azioni su tutto il suo patrimonio, senza distinzione di beni. Pothier, cap. 3, art. 2, §. 6; Chabot, sull'art. 857 (776) n. 8; Grenier, *donations*, n. 504; Duranton, t. 7, n. 224.

4°. Che in fine l'art. non accorda la collazione a' creditori dell'eredità, ma i creditori dell'erede possono, esercitando le ragioni del debitore, domandare la collazione articolo 1119, o se all'erede è dovuta la collazione, e l'erede in frode de' loro dritti non la domanda, possono chiedere la collazione, art. 784, 802, 705, 1120: vedi i citati scrittori.

(1) L'erede donatario non à sempre la scelta di faro la collazione in ispecie o con prender tanto di meno. Imperciocchè i mobili non si conferiscono che prendendo tanto di meno art. 787: gl'immobili debbonsi conferire in ispecie, tranne i casi indicati negli art. 778 e 779.

(2) La collazione in natura degl'immobili non á luogo che a due condizioni: 1°. Che l'immobile non sia stato alienato dal donatario: 2°. Che nella eredità non si trovino immobili della stessa *specie, valore e bontà*. È questo un favore conceduto al donatario, giacchè per rigore di principi la donazione trovandosi risoluta per la di lui accettazione della qualità di erede, dovrebbe restituire l'immobile che si trova nelle sue mani. *Res non sunt amare tractandae inter conjunctas personas.*

Ma l'erede può far la collazione in ispecie, quantunque nell'eredità si trovassero altri immobili dello stesso valore, poichè il dritto di ritenere l'immobile è una facoltà di cui può non avvalersi. Toullier, t. 4, n. 493.

Il donante può ordinare la dispensa dalla collazione in ispecie, poichè se poteva dispensare dalla collazione, art. 762, a più forte ragione può dispensare dal conferire l'immobile in natura, per far guadagnare al donatario la differenza che può esservi tra il valore fissato nella donazione, ed il valore effettivo nel tempo dell'aperta successione, l. 11, ff. *de coll. bon.* Chabot, sull'art. 859 (778) n. 4; Toullier, t. 4, n. 493, nota.

(3) Questo articolo obbligando l'erede a conferire il valore dell'immobile donato che avesse alienato prima dell'apertura della successione, segue che il donatario à facoltà di alienare e che l'alienazione è valida nell'interesse de'terzi. Può sembrare strano che l'erede presuntivo non essendo proprietario dell'immobile donato senza dispensa dalla collazione, possa validamente alienarlo. E può altresì questo art. sembrare in contraddizione coll'art. 774 che facendo gravitare la perdita dell'immobile a carico della eredità presuppone che appartenga all'eredità medesima; non che coll'art. 784 che facendo ritornare l'immo-

780. In tutti i casi debbonsi bonificare al donatario le spese colle quali ha migliorato la cosa, avendo riguardo al maggior valore di essa nel tempo della divisione (1). V. l'art. 786.

bile non alienato dal donatario libero dalle ipoteche impostevi suppone che il donatario ne avea la proprietà sotto una condizione risolutiva, verificata la quale à un effetto retroattivo, giusta l'art. 1136. Ma questa apparente contraddizione svanisce, se si riflette: 1.° Che l'art. 774 considera il donatario come un debitore dell'immobile, e quindi la perdita della cosa per caso fortuito libera il debitore, art. 1256: 2°. L'art. 779 permettendo al donatario l'alienazione dell'immobile, fa un'eccezione alla regola che colui che à un dritto soggetto a risolversi, non può trasferire se non un dritto subordinato alla medesima condizione. Questa eccezione però comandata dal favore per la circolazione de' beni non reca pregiudizio agl'altri eredi, poichè il donatario deve conferire il valore che l'immobile dovrà al tempo dell'apertura della successione. Daltronde la donazione trasferisce il dominio al donatario, art. 814, il quale può, per non esser obbligato alla collazione, rinunziare all'eredità, ritenendo il dono, art. 763. In conseguenza il donatario alienando l'immobile si reputa di averne avuto la piena proprietà, e la vendita è valida nell'interesse del terzo, ancorchè il donatario diventasse insolvibile: 3°. Quando poi il donatario non à alienato l'immobile, il suo dritto di proprietà è risoluto dal momento in cui la successione del donante si è aperta, qualora accetti l'eredità; ed in conseguenza essendo considerato come un semplice possessore, l'art. 784 vuole che l'immobile entri nella massa libero da tutte le ipoteche e pesi. Chabot sugli art. 855 (774) n. 1, 859 (778) n. 1, 860 (779) n. 1; Toullier, t. 4, n. 495 e 506.

Se però il valore dell'immobile alienato eccede la porzione disponibile, per la collazione in natura dell'eccesso, gli eredi della riserva ànno un'azione contro i terzi acquirenti, art. 847.

II. Per esser valida l'alienazione, è necessario che sia stata fatta *prima dell' apertura della successione*, poichè la collazione essendo dovuta all'epoca in cui si apre la successione del donante, da quel momento il donatario à cessato di esser proprietario dell'immobile, così che la vendita posteriore sarebbe nulla. Chabot, sull'art. 860 (779) n. 1.

III. Il donatario che à alienato l'immobile soggetto a collazione deve, dice l'art. in esame, *prender tanto di meno, avuto riguardo al valore dell' immobile al tempo dell' aperta successione*. Il donatario quindi non deve conferire il prezzo della vendita ch'egli à fatto, poichè la collazione è dovuta all'epoca in cui si apre la successione; ed altronde, se il donatario potesse conferire il prezzo della vendita, sovente potrebbe nascondere il prezzo effettivo per aver meno da conferire. Il donatario quindi non à dritto di profittare degli aumenti *naturali*, di quelli cioè che non sono dovuti all'industria, ma sopravvenuti per accessione o prescrizione. Così decidevano le leggi romane, l. 10, §. 1, ff. *de jur. dot.*; l. 6, ff. *de leg.* 2; l. 16, ff. *de pig.*: così opinano Chabot, sull'art. 860 (778) n. 5, e Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 248.

Vi è però un'eccezione all'esposta regola nel caso in cui il donatario non abbia alienato volontariamente l'immobile, ma l'alienazione fosse stata necessaria per causa di utilità pubblica, o pure per effetto di licitazione, essendo stato donato un fondo indiviso. In questi casi ed altri simili, il donatario deve conferire le somme che à ricevuto, poichè è stato spogliato dell'immobile non per un fatto suo personale: le parole dell'art., *abbia alienato*, riguardano il caso dell'alienazione volontaria. Pothier, *success.*; Merlin, rep. v. *rapport a success.*, § 8, n. 6; Chabot, sull'art. 859 (779) n. 2; Delvincourt ibid.

Ma se l'alienazione necessaria à luogo ad istanza de' creditori del donatario, non si applica la eccezione proposta, poichè vi sono i medesimi motivi per applicare l'art. in esame, mentre l'alienazione si verifica per un fatto personale dell'erede.

Se la disposizione di questo art. che riguardo il caso dell'alienazione dell'immobile donato comprenda anche la costituzione di usufrutto, vedi la nota alla pag. 331, n. IV.

(1) L'eredità non deve arricchirsi a danno del donatario, e regionevolmente l'art. 780 gli accorda una indennità per le spese utili, e l'art. seguente per le spese necessarie: può riscontrarsi su questo particolare la nota 1, pag. 150, n. IV. In quanto alle spese *voluttuose*, la legge non accorda veruna indennità al donatario; può questi togliere gli ornamenti, laddove possano distaccarsi; arg. dell'art. 524, l. 27, ff. *negot. gest.* Chabot, sull'art. 861 (780) n. 2; Malpel, n. 282; Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 241.

Le spese *utili* adunque debbono bonificarsi al donatario alla plusvalenza del fondo *nel tempo della divisione*, secondo il testo dell'art. 780. Chabot trova un vizio di compilazione nell'art., e legge *nel tempo dell'aperta successione*, poichè se la collazione dell'immobile è dovuta al tempo in cui si apre la successione, sin da quell'istante l'aumento che può riavere il valore della cosa si appartiene all'eredità. Il vizio di compilazione, conti.

781. Debbono egualmente computarsi a favore del donatario le spese necessarie che egli ha fatte per la conservazion della cosa, ancorchè non l'abbiano migliorata (1).

V. gli art. 1336 e 1337.

782. Il donatario dal suo canto è tenuto a'danni e deterioramenti che per suo fatto o per sua colpa e negligenza abbiano diminuito il valor dell'immobile(2).

783. Nel caso che l'immobile sia stato alienato dal donatario, i miglioramenti o deterioramenti fatti dall'acquirente debbono essere imputati in conformità de'tre articoli precedenti.

V. gli art. 802, 1119, 1133, 2011, 2023.

784. Quando la collazione si fa nella specie, i beni si riuniscono alla massa dell'eredità, franchi e liberi da qualunque peso imposto dal donatario: ma i creditori ipotecarj possono intervenire alla divisione, per impedire che la collazione si faccia in frode de'loro diritti (3).

---

nua Chabot, è derivato da che per antico dritto la collazione del valore dell' immobile essendo dovuta al tempo della divisione, l'estimazione del valore delle spese dovea similmente aver luogo nell' istessa epoca; ma essendo cangiata la legislazione sul primo punto, art. 779, ànno poi omesso i compilatori di cangiarla nel secondo. Così pensano anche Delvincourt lib. 3, tit. 3, nota 241, e Mapel, n. 282—Duranton, t. 7, n. 386, pare che adotti un'altra interpetrazione, poichè può darsi che nell'intervallo tra l'apertura della successione e la divisione, il donatario fosse interessato a conservare le migliorazioni fattevi: ma in questo caso, convengono anche i citati scrittori, che il donatario debb' essere rimborsato non come donatario, ma come coerede che à migliorato la cosa comune.

In ultimo è da osservarsi che dovendo il donatario restituire i frutti percepiti dal dì dell' aperta successione, art. 775, per identità di ragione gli si devono dalla detta epoca gl' interessi di ciò che gli è dovuto per le spese utili o necessarie, quando conferisce la cosa in ispecie. Chabot, sull'art. 861 (781) n. 3, Delvincourt.lib. 3, tit. 3, nota 243. V. la nota 4 in fine, pag. 325 e 326.

(1) Vedi la nota precedente, e la nota 1, pag. 150, n. IV.

(2) I danni ed i deterioramenti ànno a valutarsi avuto riguardo alla diminuzione del valore del fondo al tempo dell' aperta successione: è ciò una conseguenza dell' art. 779: Chabot, sull'863 (782) n. 3—I danni che provengono dalla mancanza di grosse riparazioni sono imputabili al donatario. Invano invocherebbe l' art. 530 che non mette a carico dell' usufruttuario le grosse riparazioni; perciocchè il donatario non è usufruttuario, avendo dritto di vendere, art. 779; e d' altronde il donatario non avrebbe a chi dirigersi per le grosse riparazioni, essendosi il donante per effetto della donazione irrevocabilmente spogliato del dominio della cosa. Chabot, sull'art. 863 (782), n. 2; Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 244.

(3) I. La disposizione di questo art. formò oggetto di grave discussione nel consiglio di stato di Francia. Si diceva per combatterlo da Jollivet, Regnaud, Berenger e Portalis, che se il donatario à dritto di vendere per l' art. 779, a più forte ragione dev' avere il dritto d'ipotecare: che la donazione trasferisce la piena proprietà al donatario. Si replicò da Tronchet e da Treilhard, che la donazione fatta col peso della collazione era condizionale sino all' apertura della successione; e che quindi i creditori avendo contrattato col donatario doveano conoscere che la sua proprietà era subordinata ad una condizione risolutiva. E se il favore della circolazione de' beni avea fatto ammettere una eccezione a questo principio nel caso di alienazione, la medesima eccezione non poteva estendersi al caso delle ipoteche, essendo interessati gli altri coeredi a ricevere l' immobile esente da ogn' ipoteca. Dopo questa discussione l' art. fu rimandato ad un nuovo esame della sezione di legislazione, ma poscia fu adottato senza contraddizione: Locrè 5, p. 71 e 73, n. 16.

L'art. in esame adunque è una conseguenza della regola, *resoluto jure dantis, resolvitur et jus accipientis*, rifermata nell' art. 2011.

La legge intanto in questo e nell' art. 802 accorda a' creditori ipotecari il dritto d' intervenire nella divisione, onde la collazione dell' immobile ipotecato non si faccia in pregiudizio de' loro dritti. Quindi possono impedire la collazione, se nella eredità vi sono altr'immobili della stessa natura, art. 778; ànno interesse che il loro debitore abbia in divisione degl' immobili su quali potrebbero acquistare ipoteca in forza dell' art. 2016, o far valere le ipoteche che loro accordano gli art. 2008, 2009 e 2016.

II. Si è promossa la quistione, se al donatario spettando nella divisione l'immobile ipotecato, il creditore ipotecario conservi la sua ipoteca. Chabot nelle prime quattro edizioni del suo trattato *sulle successioni* sostenne la negativa, poichè l' immobile ritornando nella massa libero dalle ipoteche costituite dal donatario, la ipoteca trovasi estinta

785. Quando la donazione di un immobile fatta a persona in grado di succedere colla dispensa della collazione, ecceda la porzione disponibile, la collazione di ciò che avanza, si fa in ispecie, se la separazione può comodamente eseguirsi. V. l'art. 841.

---

fin dal momento dell' apertura della successione del donante, e perciò una ipoteca estinta non può revivivere. Questa opinione fu abbracciata da Toullier, t. 4, n. 511; ma altri giureconsulti (Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 238; Favard, v. *partage de success.* sez. 2, Duranton t. 7, n. 404) si sono ragionevolmente pronunziati per l' opinione contraria, cui si è uniformato Chabot 5.ª ediz. sull'art. 865 (784) n. 5, ritrattando la sua prima opinione; perciocchè la disposizione dell'art. 784 à unicamente per oggetto il favore de' coeredi del donatario, nè può supporsi che la legge abbia voluto sciogliere il donatario, personalmente e nel suo interesse, dalle obbligazioni che à contratte e da' pesi che à imposti sopra un immobile di cui rimane diffinitivamente proprietario a' termini dell' art. 803. *Confirmato jure dantis, confirmatur jus accipientis.* Chi non è proprietario di una cosa, quando la costituisce in ipoteca, e lo diviene *ex post facto*, non può prevalersi della nullità originaria, per sostenere che non può produrre alcun effetto pel creditore a favor del quale l' à concessa, come ànno dimostrato dotti giureconsulti, e massime il presidente Fabro, *rationalia* su la l. 41, ff. *de pignor. act.* e Pothier, *Pand.*, l. 20, tit. 1, n. 19. Lo stesso dicasi se la nullità della ipoteca venga opposta da colui che à comprato o ricevuto il fondo in ipoteca dal donatario dopo aperta la successione del donante. In somma chi potrebbe opporre la nullità della ipoteca? Non il debitore, poichè niuno può opporre il proprio dolo personale. Nol potrebbe un terzo, al quale il debitore avesse venduto o ipotecato il fondo dopo che l' immobile fosse spettato nella divisione al donatario medesimo, perchè il suo titolo si riferirebbe necessariamente ad un'epoca in cui l' ipoteca del creditore avrebbe acquistata tutta la sua efficacia contro il debitore, ed in cui il debitore non avrebbe potuto, in questo stato trasferire un dritto migliore di quello ch'egli stesso avea, l. 3, §. 1, ff. *de except. rei vend.* Cujacio, sulla legge 41, ff. *de pignor*, lib. 3, *quaest. Pauli;* Voet *ad pandectas*, tit. *de pignor. act.*, n. 31, e sul tit. *quae res pignori*, n. 4; Merlin, *questions de droit v. hypotec*, §. 4 bis; Grenier, hyp. n. 51; Troplong, *hypot.* n. 517 a 524, applicano questi principî al caso in cui l'ipoteca fosse stata costituita a *non domino*, ed indi poi diviene proprietario. A più forte ragione questi motivi sono valevoli per l'efficacia della ipoteca costituita dal donatario sull' immobile che gli è poscia spettato nella divisione, la quale è semplicemente *dichiarativa di proprietà*, secondo l'art. 803. Il donatario era proprietario sotto condizione risolutiva: confirmato il suo dritto, deve restar fermo il dritto del suo creditore.

III. Sull' altra quistione promossa, se l' ipoteca costituita dal donatario passerà di pieno dritto sugli altri immobili che il donatario prenderà nella qualità di erede, convien fare una distinzione tra le ipoteche generali e speciali. Se l' ipoteca costituita dal donatario era generale, è chiaro che l' immobile che in seguito della divisione apparterrà al debitore, sarà colpito dalla ipoteca generale, la quale per sua natura abbraccia tutt' i beni presenti e futuri del donatario, art. 2007 e 2009: lo stesso dicasi se il debitore avesse obbligato i beni che acquisterebbe in seguito, in conformità dell' art. 2016, prendendo però in questo caso una iscrizione in conformità della legge. Ma se l' ipoteca costituita era speciale sul fondo donato, l' ipoteca non può passar di dritto su di un altro immobile toccato in divisione al debitore, perciocchè è della natura della ipoteca speciale che sia costituita ed iscritta su di un immobile determinato, art. 2015, nè può estendersi su di un altro immobile, che in virtù di una convenzione, o di una sentenza. È questa anche l' opinione di Chabot, sull' art. 865 (784) n. 3, e degli autori delle pandette francesi su detto art.

IV. L' art. in esame stabilisce, che l'immobile, quando la collazione si fa in ispecie, rientra nella massa libero da qualunque peso imposto dal donatario. Le espressioni *qualunque peso* debbono essere ristrette alle sole ipoteche e privilegi, o pure debbono estendersi a tutt' i dritti reali, così che l' usufrutto sull' immobile costituito dal donatario costituisca un peso? Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 238 ne restringe il senso alle ipoteche ed a' privilegi; ma l' usufrutto e le servitù, egli dice, sono smembramenti della proprietà, e per conseguente l'alienazione di tali dritti non dev' essere risoluta più che non lo sarebbe un'alienazione parziale del fondo medesimo, art. 779. Inoltre, continua Delvincourt, lo stesso art. 784 determina il senso della parola *pesi*, dichiarando che i creditori ipotecari possono intervenire nella divisione: or se sotto la parola *pesi* fosse compreso anche la costituzione di usufrutto, la legge avrebbe dichiarato che l' usufruttuario poteva anch'egli intervenire nella divisione, poichè vi à più interesse del creditore ipotecario. Per quanto fossero gravi queste ragioni, gli altri giureconsulti ànno per ragioni più

Nel caso contrario, se l'eccedenza oltrepassa la metà del valore dell'immobile, il donatario dee conferirlo per intero; salvo il diritto di prendere anticipatamente dalla massa ereditaria il valore della porzione disponibile. Se questa eccede la metà del valore dell'immobile, il donatario può ritenerlo per intero, imputando il di più nella sua quota, e compensando in danaro o altrimenti i suoi coeredi (1).

---

potenti adottato un' opinione contraria. L' usufrutto, invero, è una cosa di natura mista, e se è vero che la constituzione dell' usufrutto opera uno smembramento della proprietà e partecipa così dell' alienazione di un fondo, è altresì vero che considerato in se stesso, è un dritto incorporale che partecipa essenzialmente del dritto di servitù, poichè non può essere stabilito che sul fondo altrui, art. 503, e nota 1 pag. 156. Or se volesse considerarsi l' usufrutto come un' alienazione che obbliga i coeredi a rispettarla giusta l' art. 779, avrebbe a dedursi che a'termini dello stesso art. dovrebbe nell'eredità conferirsi il valore del dritto alienato. E come stabilire l' usufrutto nel suo giusto valore, se la sua estimazione è assolutamente aleatoria? L' art. 779 nel dichiarare che *l' immobile alienato* non si conferisce in natura, il senso naturale delle sue espressioni indica l' alienazione della proprietà medesima, ed i motivi che ànno determinato il legislatore a far rispettare l'alienazione dell' immobile, è stato appunto per evitare i dispiacevoli effetti della incertezza della proprietà. Quindi l' immobile il cui usufrutto siesi alienato, rientra libero nella massa ereditaria, salvo all'usufruttuario il dritto d' intervenire nella divisione per la garantia de' suoi dritti. Proudhon, *de l' usufruit*, n. 1942 e 1943; Duranton, t. 7, n. 405.

(1) I. La riserva è dovuta in ispecie, anche se il donatario sia rivestito della qualità di erede, poichè la riserva attribuita dalla legge non à potuto esser colpita dalla disposizione del defunto, art. 829, e nota 2, pag. 320. Da ciò nasce, che se la donazione di un immobile con dispensa dalla collazione eccede la quota disponibile, l'eccesso si deve conferire in natura. Nondimeno l'art. in esame fa un'eccezione alla regola nel caso in cui la donazione si sia fatta a persona in grado di succedere, ossia ad un erede che à anche dritto alla riserva, nel caso in cui la separazione non possa farsi. Stabilisce quindi per regola, che se la separazione dell' immobile non possa comodamente eseguirsi, la legge attribuisce la totalità dell' immobile a colui che à dritto di ritenere e di reclamare la maggior parte. Ed in conseguenza, se l' eccesso della donazione oltrepassa la metà del valore dell' immobile donato, il donatario deve conferire l' immobile *per intero*, salvo a prelevare sulla massa ereditaria il valore della porzione disponibile. Se al contrario la porzione disponibile eccede la metà del valore dell' immobile, il donatario può ritenerlo per intero, salvo a prender tanto di meno per la sua quota ereditaria sulla massa, o a compensare i suoi coeredi in danaro o altramenti.

È notevole adunque che quando l' eccesso soggetto a separazione oltrepassa la metà del valore dell' immobile, l' art. in esame prescrive che il donatario deve conferire l' immobile per intero, così che non *può* domandare l' incanto a' termini dell' art. 755. Nel caso contrario, se la porzione disponibile eccede la metà del valore dell' immobile, l' articolo medesimo dice che il donatario *può* ritenere l' immobile, così che se non vuole ritenerlo, à la facoltà di conferirlo nella massa. Chabot, sull'art. 866, n. 2; Toullier, t. 4. n. 497; Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 236.

Si noti che la eccezione riguarda il caso in cui la donazione sia stata fatta a favore di *una persona abile a succedere*. Se sia stata fatta a persona estranea, o ad un parente che per aver rinunziato si reputa un estraneo, devesi procedere all' incanto del fondo inseparabile, art. 755 e 1530. Chabot, ibid, n. 3.

II. Quantunque l' art. in esame, isolatamente preso, non fa mettere in controversia che l' erede donatario non deve conferire nella massa l' immobile, se la porzione disponibile eccede la metà dell' immobile donato; pure non è agevole conciliarlo coll' art. 841, che permette all' erede donatario di ritenere su' beni donati il valore di quella porzione che gli spetterebbe nella qualità di erede su' beni non disponibili, *purchè sieno della medesima specie*. Grenier, *donations*, n. 623 e nel rep. di Merlin, v. *reserve*, sez. 3, §. 1, n. XI, fa osservare che le espressioni, *purchè sieno della medesima specie*, comprese nell' art. 841, e che non si rinvengono nell' art. 785, furono aggiunte sulla domanda del tribunato, unicamente per istabilire una uniformità cogl' art. 749 e 778, i quali ordinano la collazione in ispecie, quando non vi sieno nella successione immobili della stessa natura valore e bontà. Quindi, secondo Grenier, l' art. 841 non è in sostanza che la ripetizione della prima parte dell' art. 785, e non è in verun modo contraria alla seconda parte, che con disposizioni particolari regola i casi ne' quali la collazione in ispecie debba avere o pur no luogo. Toullier, t. 5, n. 154 e 155 adotta la medesima interpetrazione, dolen-

786. Il coerede che conferisce un immobile nella stessa specie, può ritenerne il possesso sino all'effettivo rimborso delle somme che gli sono dovute per ispese o migliorie (1). V. gli art. 780 e 781.

787. La collazione de'mobili non si fa che col prendere tanto di meno. Si fa sul ragguaglio del prezzo che i medesimi valevano al tempo della donazione, secondo la stima annessa a quell'atto; ed in mancanza di tale stima, a norma di quella che verrà fatta da periti a giusto prezzo, e senza dar luogo ad aumento (2). V. gli art. 749, 839 e 872.

---

dosi per altro della oscurità dell' art. 841. — Duranton, t. 7, n. 402 pensa, ch'essendo impossibile di conciliare i due testi, gli art. 785 e 841 debbono essere ravvicinati in modo che la collazione in ispecie sia obbligatoria pel successibile donatario, in quanto che la porzione disponibile, unita alla sua parte nella riserva, non ecceda la metà del valore dell' immobile. Questa opinione sembra uniforme alla equità.

(1) Vedi la nota 1, pag. 150, n. IV; e la nota 1 in fine, pag. 325 e 326.

(2) I. La collazione de'mobili non à in veruu caso luogo in natura, ma si fa prendendo tanto di meno. I mobili perciò passano in piena proprietà del donatario, e si è veduto nella nota 3 in fine, pag. 324 e 325 che la perdita per caso fortuito de'mobili donati non dispensa dalla collazione.

L'art. spiega che la collazione de' mobili si fa secondo il valore che aveano *al tempo della donazione*. Maleville pretendeva nel consiglio di Stato, che i mobili fossero stimati secondo il valore che ànno all'epoca in cui si apre la successione, pel motivo che questa regola seguita a riguardo degl' immobili, art. 779, dovea esserla a più forte ragione a riguardo de' mobili che periscono con l'uso. A questa obiezione replicò Tronchet, che nella collazione de' mobili dovea seguirsi una regola diversa da quella degl' immobili. Gl' immobili non diminuiscono col godimento: al contrario, l' uso è il solo godimento che può ricavarsi da' mobili, e quest' uso li degrada pel profitto del donatario. Dippiù i mobili sono donati in piena proprietà: or, *res perit domino*. Queste ragioni prevalsero, e l'art. fu adottato. Locré 5 p. 73, n. 18.

Ma nel caso della riduzione, i mobili si considerano secondo il *valore al tempo della morte del donante*, art. 839. Da questa discordanza sul modo diverso di valutare i mobili nel caso della collazione ed in quello della riduzione, risulta che i mobili della stessa donazione possono essere stimati in due modi diversi: se, p. e., si trova che la donazione di mobili fatta con dispensa dalla collazione ad uno de' figli ecceda la quota disponibile, bisognerà darli il valore che ànno alla morte del donante, per vedere se vi sia eccesso; e dopo che il figlio donatario avrà ritenuto su questo prezzo la porzione disponibile, si darà al soprappiù ch'egli deve conferire alla successione, il valore che avean al tempo della donazione. Questa incoerenza dovrebbe sparire dal codice, osserva Toullier, t. 5, n. 140.

Nell'atto di donazione deve restare unito uno stato estimativo de' mobili, giusta l'art. 872, altrimenti non *sarà valido*. Come dunque la disposizione dell'art. 872 si potrà conciliare coll'art. 787, che ritiene come valida la donazione senza stato estimativo, poichè permette di apprezzarsi i mobili non istimati nell'atto di donazione? Secondo la dottrina di Toullier, t. 5, n. 180, seguito da Duranton, t. 8, n. 405, non vi ha luogo ad opporre la mancanza della stima quando i mobili si fossero rilasciati al donatario; la tradizione sarebbe bastata onde consumare la donazione la quale sarebbe manuale, ed il possesso vale per titolo; ma Maleville sull'art. 748 (872) e Grenier, *donations*, n. 169 sostengono che lo stato estimativo è necessario per la validità della donazione. Sarebbe una conseguenza adunque della dottrina di Maleville e di Grenier, che i mobili donati senza stima dovrebbonsi restituire, e non già collazionare dal donatario. Ma l'art. 787 dice che i mobili non estimati si collazionano e non già si restituiscono. In conseguenza per mettere in armonia gli art. 787 e 872 bisogna ritenere, che la mancanza dello stato estimativo non rende invalida la donazione de' mobili consegnati in potere del donatario. Si stimeranno all' epoca in cui dovrà eseguirsi la collazione, a giusto prezzo e senza darsi luogo ad aumento, coerentemente alle altre disposizioni del codice: vedi la nota 1, pag. 111.

II. Si è elevata tra gli autori, sulla prima parte dell'art. in esame, una grave controversia, se cioè sia applicabile alle donazioni di obbligazioni, di effetti o di rendite dovute dallo Stato o da' particolari. Chabot, sull' art. 868 (787) n. 6, e Toullier, t. 4, n. 491, opinano per l' affermativa, per più motivi; 1°. perchè a' termini dell'art. 452 le rendite ed i capitali sono dichiarati mobili; 2.° perchè nella sezione delle *collazioni* il legislatore si è proposto di regolare il modo con cui debbonsi conferire tutte le specie di beni: negli art. 777 a 786 à regolato il modo di conferire *gl' immobili*; nell'art. 787 il modo di conferire *i mobili*, e nell' art. 788 il modo di conferire il *danaro* donato. Or se nella disposizione

788. La collazione del danaro donato si fa col prender tanto di meno dal contante della eredità.

Se questo non basta, il donatario può esimersi dal conferire il contante, cedendo sino alla concorrente quantità l'equivalente in mobili, o, in mancanza di questi, in immobili ereditarj (1).

SEZIONE III.

Della imputazione (2).

V. gli art. 829, 831, 2023. 789. Ogni erede, benchè estraneo, instituito nel disponibile, e qualunque legatario potrà obbligare l'erede il quale voglia la riserva, o sia legittima,

---

dell'art. 787 non sono compresi gli effetti, le rendite e le obbligazioni, bisognerebbe dedurre che il legislatore avesse omesso di stabilire il modo di conferire questi oggetti. Quindi conchiudono, che se il donatario non avesse ricevuto i capitali di questi effetti, non potrebbe dispensarsi dalla collazione conferendo i titoli, ma deve prender di meno, secondo il valore che le obbligazioni, le rendite aveano al tempo della donazione.

Altri giureconsulti, Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 252; Pandette francesi, sull' art. 868 (787), Malpel, n. 287 e Duranton, t. 7, 411 a 413, sostengono l'opinione contraria, per i seguenti motivi: 1.° l'espressione *mobili*, qualunque sia la generalità del suo significato, giusta l'art. 458, non comprende sempre i mobili incorporali (e noi l'abbiamo osservato nella nota 2, pag. 135;) 2.° L'art. 787 annuncia che la parola *mobili* risguarda i soli mobili *corporali*, perciocchè limita la sua disposizione a' mobili accompagnati *dallo stato estimativo;* 3.° La collazione avendo per fondamento l'equità, l'eguaglianza tra i coeredi non permette di esigere dal donatario più di quello che à ricevuto; devesi quindi per analogia applicare l'art. 1380, che obbliga il marito a restituire i soli contratti, quando la dote costituita in rendite o obbligazioni sia perita o diminuita non per colpa del marito. Egli è vero che il donatario è proprietario, a differenza del marito, ma per effetto della condizione risolutiva, il donatario che concorre all'eredità, non è che debitore di un corpo certo. Anche Chabot e Toullier, autori dell'opinione contraria convengono che l'argomento ricavato dall'art. 1380 è fondato sull'equità — È da notarsi per altro, che Duranton, t. 7, n. 411 adotta il sistema di Toullier e Chabot in quanto alle donazioni delle rendite sullo Stato o alle azioni sulle banche o compagnie, le quali ànno un corso variabile. In questo caso il donatario deve il valore reale e commerciale che aveano al tempo della donazione, ed il sistema contrario sarebbe tutto a vantaggio del donatario; poichè conferirebbe in massa i titoli, se il valore degli oggetti fosse diminuito; e per lo contrario renderebbe conto del valore che aveano gli oggetti al tempo della donazione, se posteriormente fosse stato aumentato.

(1) Il prezzo del danaro, se fossero sopravvenute variazioni nel corso delle monete, si calcolerebbe secondo taluni giureconsulti, giusta il valore che aveano le monete al tempo della donazione; perciocchè se i mobili corporali diversi dal danaro, sono messi dall'art. 787 a carico del donatario all'istante della donazione, pel motivo che si deteriorano con l'uso, lo stesso motivo si applica al danaro il quale si consuma coll'uso che se ne fa; che passa nella piena proprietà del donatario, e tutte le vicende sono a carico del donatario medesimo: è questa l'opinione di Toullier, t. 4, n. 492, di Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 251 e di Chabot, sull' art. 869 (788).

Di contraria opinione sono Maleville su questo articolo, e Duranton, t. 7, n. 408; e quest' ultimo scrittore argomenta la sua opinione specialmente coll' art. 1767, la cui disposizione, egli dice, quantunque ristretta in apparenza al contratto di mutuo, è nondimeno applicabile a tutte le convenzioni: *in pecunia non corpora quis cogitat, sed quantitatem.* l. 94, §. 1, *de solut.* Quest'ultima opinione difficilmente può conciliarsi cogli art. 787 e 788, da' quali si deduce il principio che le cose mobili passano nel pieno dominio del donatario, e neanche la perdita per caso fortuito dispensa dalla collazione.

(2) Non abbiasi a credere che la materia della *imputazione* formasse un vuoto nel codice francese, sul motivo che non era trattata in apposita sezione, come lo è nelle nostre *leggi civili.* Imperciocchè, a prescindere che la imputazione ricordata negli art. 760 (676) e 918 (834), era una conseguenza dell' art. 922 (839) che fissa la quota di riserva dalla riunione de' beni lasciati dal defunto nel tempo della morte, e da' beni che precedentemente erano esciti dal suo patrimonio a titolo di liberalità, i giureconsulti francesi convenivano che la imputazione sulla riserva che formava una regola di dritto antico dovea es-

ad imputare nella stessa le donazioni e i legati fattigli dal defunto; ma ne' seguenti casi solamente:

1.° quando la donazione o il legato sia stato fatto colla legge espressa della imputazione: tal dichiarazione potrà farsi tanto coll'atto stesso che contiene la disposizione, quanto con un atto posteriore nella forma delle disposizioni fra vivi o testamentarie: V. gli art. 835 e 894.

2.° quando l'erede cui è dovuta la riserva, domanderà la riduzione delle disposizioni fatte dal defunto, per essersi ecceduta la quota disponibile (1). V. gli art. 837, 838.

---

sere ammessa sotto l'impero del codice, quantunque non formalmente consacrata. Non potendosi la riserva, come non si può oggi reclamare che col titolo di erede, come si è accennato nella nota 3, pag. 320, se ne inferiva la conseguenza che tutto ciò che avrebbe potuto essere imputato sulla porzione ereditaria o che sarebbe stato soggetto a collazione, dovea egualmente esser imputabile sulla riserva. Se non che le nostre leggi civili àn dovuto trattare in apposita sezione la teorica della imputazione per richiamare a disposizione legislativa un punto dottrinale, per troncare alcune controversie insurte nella giurisprudenza, e per coordinare le regole colla sezione *della collazione* nella quale si è stabilito, che i legati, a differenza del codice francese, non van soggetti alla collazione.

Stabilita adunque la ragione per cui dovea dalle nostre *leggi civili* dettarsi regola per la imputazione, non sarà superfluo notarne la differenza dalla collazione, e gli effetti diversi che producono.

La *imputazione* consiste nel dover l'erede cui la legge riserva una quota di beni, ossia *legittima*, sottrarre dalla medesima tutto ciò che dalle sostanze dell'eredità à ricevuto con atto di donazione tra vivi o per legato. La *collazione* per lo contrario è la riunione reale o fittizia alla massa della successione, degli oggetti dati dal defunto ad uno degli eredi a titolo di donazione tra vivi: vedi la nota 1, pag. 318.

Da ciò più differenze ed effetti diversi tra la collazione e l'imputazione:

1°. L'*imputazione* si fa dall'erede cui la legge riserva una quota di beni su ciò che à ricevuto dal defunto sia per legato, sia per donazione. La *collazione* si fa sulla massa della successione, e si conferiscono le sole donazioni, art. 762 e 765.

2.° L'obbligo della imputazione non costringe a restituire in natura le cose ricevute, nemmeno gl' immobili; ma basta che si deduca anticipatamente il valore sulla sua parte nella successione. L'obbligo della collazione costringe a restituire le cose in ispecie, art. 749, tranne le eccezioni indicate negli art. 778, 785, 787, 788.

3.° La collazione fassi nelle successioni intestate (v. la nota 2, pag. 318): la imputazione nelle successioni testamentarie.

4.° La collazione non si può esigere dal legatario, ma la imputazione si, articoli 776 e 789.

5.° Tutto ciò che è esente da collazione, lo è parimente dalla imputazione; ma non è sottoposto ad imputazione tutto ciò ch'è soggetto a collazione: vedi la nota 1, pag. 339.

(1) Per dritto romano il legittimario era obbligato ad imputare tutto ciò che avea ricevuto dal defunto a titolo d' instituzione o di legato. La l. 30, C. *de inofficioso* decideva chiaramente l'affermativa, ordinando che colui al quale abbia il testatore lasciato col suo testamento qualche cosa di meno della sua legittima, sia tenuto di domandare il supplemento con l' azione in linea di supplemento, senza potere, come nell' antico dritto, intentare l' azione d' inofficiosità — In quanto alle cose che il legittimario avea ricevuto dal defunto, lui vivente, il dritto romano nella l. 29, C. *de inofficioso* stabiliva che la dote da un ascendente costituita a sua figlia o nipote dovea imputarsi nella legittima; come anche doveano imputarsi le donazioni a contemplazione di matrimonio fatte a' figli maschi. Rispetto alle donazioni ordinarie, esse non imputavansi, giusta una disposizione testuale della legge 35, §. 2, *C. de inofficioso*, se non quando eransi fatte sotto tal condizione. Fabro, C. lib. 3, tit. 19, def. 30, ci à conservato una decisione del senato di Chambery de' 10 Aprile 1593 che l' à formalmente adottata.

L'art. 789 nel determinare se l'erede legittimario sia obbligato ad imputare ciò ch'avesse ricevuto dal defunto, distingue il caso in cui il legittimario rispetta la volontà del defunto, dal caso in cui la contraria, chiedendo la riduzione delle disposizioni fatte dal defunto per essersi ecceduta la quota disponibile. Quando il testatore à disposto della sola quota disponibile, e l'erede legittimario si limita a chiedere la quota di riserva della quale il testatore non à disposto, la legge presume che il defunto abbia disposto della quota disponibile nello stato in cui il patrimonio si trovava al tempo della morte, e quindi l' erede della riserva non deve imputare una donazione tra vivi che avesse precedentemente ricevuto o il legato, purchè, dice il primo numero dell'art. in esame, non sia la donazione o il

790. Tutto ciò che va esente dall'obbligo della collazione secondo le regole stabilite nella sezione II di questo capitolo, va esente ancora dall'obbli-

---

legato fatto colla legge espressa della imputazione. In somma la disposizione della legge 35, §. 2, cod. *de inofficioso*, la quale disponeva che le donazioni ordinarie non s' imputassero se non quando fatte sotto tal condizione, si è estesa dalle nuove leggi anche a' legati.

Quando poi l'erede nel chiedere la riserva oppone che il defunto avendo disposto della disponibile abbia ecceduto la quota determinata dalla legge, e quindi chiede che sia ridotta a' termini degli art. 840 e seg., in questo caso colui contro cui si domanda la riduzione à dritto di far imputare all' erede della riserva la donazione o il legato, ancorchè fatti senza la legge espressa della imputazione. Ben vero, se la donazione era stata fatta per antiparte, il legittimario non deve nella riserva imputare la donazione, altrimenti il padre verrebbe indirettamente a togliere il dono fatto per antiparte al figlio, mentre quando la donazione è fatta per antiparte non è che una disposizione sulla quota disponibile.

Questa obbligazione dell'erede, che reclama la sua riserva, d'imputare sulla medesima quanto à ricevuto dal defunto, à luogo non solo se l'erede proceda contro il coerede o legatario successibile, ma anche se l'erede instituito nella disponibile o il legatario sia *estraneo*, dice l'art. 779. Il legislatore con questa disposizione à risoluto una grave controversia agitata da'giureconsulti francesi, se *l'estraneo* avea dritto di esigere dall' erede la imputazione sulla sua riserva di quanto avea ricevuto dal defunto. Toullier, t. 5, n. 165 era di opinione che i legatari estranei non avean dritto di obbligare il legatario erede ad imputare il legato sulla sua riserva, adducendo per principal motivo che tutt'i legati senza distinzione debbono essere ridotti *pro rata*, art. 843, e che i donatari ed i legatari non àn dritto a domandare la riduzione e profittarne, art. 838. Per lo contrario Grenier, *donations* n. 596, Levasseur, *de la quote disponible*, n. 138, Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 221, e Duranton, t. 7, insegnavano che l'estraneo avea dritto d'esigere l'imputazione—Presso di noi è decisa la quistione dal testo dell'art. 789, la cui disposizione è conforme a'principi generali della materia. Imperciocchè la riserva è dovuta all' erede per regola generale; ed è per massima che ogni donazione o legato si presume fatto per anticipazione della porzione ereditaria. Quindi tutto ciò ch' è imputabile sulla parte ereditaria, lo è anche sulla riserva. Quale è stato in vero lo scopo del legislatore nello stabilire la riserva? Fu al certo quello di assicurare agli eredi una quota di beni, permettendo al padre di famiglia di disporre del rimanente. Or il voto della legge è adempito quando il padre di famiglia gli lascia una quota di beni che uniti a quelli precedentemente donati compiono la riserva.

Fin qui abbiamo considerato l'imputazione relativamente al legittimario che à ricevuto dal defunto una donazione o un legato: ci resta ad esaminare se il riservatario che niente à ricevuto dal defunto è tenuto d'imputare sulla riserva ciò che à ricevuto o dovuto ricevere dalla collazione fatta da'coeredi. L'affermativa sembra indubitata, poichè è di principio che l'erede deve imputare sulla riserva tutto ciò che prende *jure hereditario*. È una conseguenza di questo principio che l'art. 776 mentre stabilisce che la collazione non si deve al legatario, soggiunge *salvo ciò che si dirà per l' imputazione negli art. 789 e 790*. Dunque queste parole dell'art. 776 spiegano che deve imputarsi nella riserva ciò che l'erede riceve per collazione.

II. Bisogna esaminare, se ciò che il legittimario guadagna per dritto di accrescere, sia come instituito, sia come legatario, è soggetto alla collazione. Sembra sicura la negativa per la legge 36, C. *de inofficioso*, la quale dichiara che il figlio non debbe affatto imputare ciocchè gli è pervenuto per dritto di accrescimento, come in materia di usufrutto, *ex jure accrescendi, ut puta usufructus*. Ma questa decisione non debb' essere intesa letteralmente, e bisogna consultare lo spirito e lo scopo della legge medesima. Essa vuole che la legittima sia completata coi propri beni del padre, e che per conseguente nulla vi s' imputi di quanto è passato per mani estranee prima di cadere in quelle del figlio. Laonde, bisogna distinguere se l' accrescimento siasi operato prima che il coerede o collegatario del figlio avesse accettato la sua parte nell' eredità o del legato, o solamente dopo quest' accettazione. In quest' ultimo caso, è evidente che non vi è imputazione a fare, e tal è lo spirito della citata l. 36 *C. de inofficioso*. Ma questa legge non può applicarsi al primo caso; la parte alla quale era appellato il coerede che à rinunziato o si è trovato incapace, passa direttamente dalle mani dello stesso testatore in quelle del figlio: essa vien dunque *ex ipsa substantia patris*, ed in conseguenza debb' essere imputata. Repertorio di Merlin, art. *legitime*, sez. 8. §. 3, art. 1. n. 5.

go della imputazione spiegata nell'articolo precedente. I legati però, tuttochè non soggetti a collazione, sono sottoposti alla imputazione (1). V. l'art. 768.

SEZIONE IV.

Del pagamento de' debiti (2)

791. I coeredi contribuiscon tra loro al pagamento de'debiti ed a'pesi della eredità, ciascuno in proporzione di ciò che vi prende. V. gli art. 797 e 1173.

792. Il legatario a titolo universale contribuisce insieme cogli eredi in proporzione del suo emolumento: ma il legatario particolare non è tenuto a' debiti e pesi, salva però l'azione ipotecaria sul fondo legato (3). V. gli art. 587 935, 966, 967, 979 974, 2060.

---

(1) La legge 20, C. *de collationibus* stabilisce che tutto ciò ch' è soggetto alla imputazione nella legittima, lo è anche a risguardo della successione; ma, essa aggiunge, non bisogna da ciò conchiudere, che reciprocamente tutto ciò che si conferisce nella successione deve imputarsi sopra la legittima; poichè di tutte le cose sottoposte a collazione, non debbono soggettarsi alla imputazione se non quelle che sono espresse dalla legge. Due regole quindi erano una conseguenza di questa legge: la prima, che tutto ciò ch' era esente dalla collazione, lo era parimenti dalla imputazione; la seconda che ciò ch' era soggetto a collazione, non era per questo sottoposto ad imputazione.

L'art. 790 nello stabilire che ciò ch'è esente dalla collazione, è esente dalla imputazione, non fa che ripetere l' antica dottrina. Ma non bisogna *a contrario sensu* dell' articolo 790 conchiudere, che tutto ciò ch'è soggetto a collazione, è per questo sottoposto ad imputazione; perciocchè se vi è una grande analogia tra la imputazione e la collazione, non può dirsi che tutto ciò ch'è soggetto a collazione è soggetto ad imputazione, mentre, la imputazione è un' operazione di calcolo che non può produrre tutti gli effetti di una collazione reale in una divisione. Quindi può stabilirsi in principio, che s'imputano le donazioni dirette o indirette, come si collazionano, art. 762, e sono applicabili alla imputazione le osservazioni fatte agli art. 762 e 770; ma gli effetti della collazione non sono gli stessi della imputazione. Così la collazione produce l'effetto che dal dì dell'apertura della successione i frutti appartengono all'eredità, art. 775: or non può dirsi della imputazione che l'erede della riserva deve imputare non solo il valore della cosa donata, ma anche i frutti che à percepiti dal dì dell'apertura della successione al dì in cui domanda la riduzione della quota disponibile, perciocchè la imputazione è un'operazione di calcolo che si fa sul valore che la cosa donata avrà al tempo dell'aperta successione per fissare la quota disponibile, e quindi dovendosi prendere in considerazione il valore della cosa donata al tempo dell'aperta successione, è chiaro che i frutti non possono formare oggetto d' imputazione. Laonde bisogna conchiudere che se si collazionano e s'imputano le donazioni, non può dirsi che producono il medesimo effetto.

L' ultima parte dell' art. che dichiara di andar soggetti ad imputazione i legati, benchè esenti dalla collazione, dee coordinarsi coll' art. 789 che stabilisce in quali casi la imputazione à luogo.

(2) Stabilite le regole per la formazione della massa ereditaria, in questa sezione si stabiliscono quelle relative al pagamento de' debiti. I creditori ereditari ànno tre azioni da sperimentare contro gli eredi: l' azione *personale*, l' azione *ipotecaria* e quella della *separazione de' patrimoni*. Ciò formando la materia della presente sezione, nella nota seguente sarà sviluppata la teorica dell'azione *personale* che compete a'creditori del defunto contro gli eredi; nella nota 1, pag. 342 e 343 discorreremo l' azione *ipotecaria*; e nella nota 1, pag. 346 l' azione della *separazione de' patrimoni*.

(3) I. L' erede rappresenta la persona del defunto; egli gode de'suoi beni, deve dunque adempiere alle sue obbligazioni. Da ciò nasce, che pel solo fatto dell'adizione dell' eredità il creditore à un' azione personale contro l'erede: *is qui miscuit se haereditati contrahere videtur*, l. 4 ff. *quib. ex caus in poss.*; art. 645—Neanche la cessione de' dritti successori esenta l'erede dagli obblighi che la sua accettazione gli à imposti verso i terzi, creditori o legatari della eredità: la sua cessione è a loro riguardo *res inter alios acta*, la cessione non lo à potuto spogliare della qualità di erede. In conseguenza, quando i creditori sperimentano i loro dritti contro l' erede, questi non può obbligarli a dirigere le loro azioni contro il cessionario; egli deve rispondere ad essi e soddisfarli, salvo il suo regresso contro di lui. I creditori ed i legatari però possono agire contro del compratore, non perchè la cessione à renduto il cessionario obbligato ad essi direttamente e personalmente: è solamente come esercenti, a'termini dell'art. 1119, i dritti dell'erede loro debitore, ch' es-

793. Ciascun coerede, quando i beni immobili di una eredità sono gravati di prestazioni in virtù d'ipoteca speciale, può esigere che tali prestazioni

si ànno un'azione contro il cessionario. Pothier, *success.*, cap. 5, art. 4; Chabot, sull'art. 873 (794) n. 18 e 19; Duranton, t. 16, n. 525; Troplong, *de la vente*, n. 980; Delvincourt, l. 3, t. 3, nota 343.

Ma l' azione personale del creditore che avea dritto di ricevere dal debitore il pagamento dell' intero debito ancorchè divisibile, art. 1197, si divide fra gli eredi del debitore *ipso jure* e per sola forza della legge: questa divisione legale forma di un dritto o di un debito, unico in origine, altrettanti dritti e debiti, quanti sono gli eredi. Questa regola è antichissima, quanto lo è la legge delle dodici tavole, il cui testo, ridotto alla vera lezione da Giacomo Gotofredo, diceva: *nomina* (cioè i debiti ed i crediti, poichè si scrivevano i nomi de' debitori e de' creditori sopra un libro) *inter heredes pro portionibus haereditariis ercta cita sunto.* Dessa fu rifermata con le ll. 13 e 25, ff. fam. ercs.; 2, C. *de hered. act.*, e 33, ff. *de legat.* 2; formava il dritto comune del regno, ed è proclamata dal codice civile che per effetto della divisione de' debiti chiama negli art. 791 e 794 ciascun erede a contribuire al pagamento de' debiti e pesi in proporzione del dritto rispettivo, anche se l'eredità è divisa in istirpi. Gli eredi quindi di uno stesso stipite non sono tenuti congiuntamente de' debiti, proporzionati alla porzione dell' intero stipite. Ciascuno non è obbligato che separatamente e secondo la quota ch' è chiamato individualmente a raccogliere nella massa totale dell' eredità. Pothier *success.*, cap. 5, art. 3, §. 2.; Chabot, sull'art. 870 (791), n. 3; Toullier, t. 4, n. 514; Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 343.

Stabilito adunque il principio della divisione de'debiti ereditari tra i coeredi, è facile il comprendere una imperfezione di redazione nell'art. 791, che obbligando la contribuzione tra gli eredi, *ciascuno in proporzione di ciò che vi prende*, potrebbe dedursene che ciascun erede dovesse contribuire in proporzione di ciò che prende nella eredità, sia in qualità di erede, sia per un'altra qualità o titolo. Ma non è questo il pensiero del legislatore: l' erede deve contribuire se non a proporzione di ciò che prende in qualità di erede *solamente*, cioè in proporzione della quota ereditaria, *pro portionibus haereditariis,* diceva espressamente la legge l. C. *si cert. pet.*, e così dice pure l' art. 1173. Così, se uno degli eredi si trovi nello stesso tempo donatario di una quota di beni che dovrà prendere al tempo della morte di colui della cui successione si tratta, come donatario non è tenuto, rispetto a'coeredi, ad alcuna porzione de'debiti ereditari, se deducendo l'ammontare di questi debiti dalla massa de'beni, si troverà che la donazione non ecceda la quota disponibile. Similmente, se uno degli eredi si trovi nello stesso tempo legatario a titolo particolare, egli è tenuto personalmente a'debiti e pesi in proporzione della quota ch'è chiamato a raccogliere com'erede, ma non sulla porzione che prende nella qualità di legatario, poichè a'termini degli art. 792 e 979 il legatario a titolo particolare non è obbligato personalmente a'debiti e pesi ereditari. Lo stesso dicasi se l'eguaglianza non è stata serbata nella divisione, ed un erede abbia avuto una porzione maggiore di quella cui avea dritto: ogni coerede deve contribuire in proporzione della quota alla quale avea dritto, non in proporzione di ciò che à realmente avuto, mentre se l'eguaglianza non è stata serbata nella divisione, i coeredi possono ne'casi determinati dall'art. 807 chiedere la rescissione, ma non già che il coerede che à realmente avuto più di quello che gli toccava, debbe pagare in proporzione di ciò che à preso. Si può conchiudere quindi che le parole dell'art. 791, *ciascuno in proporzione di ciò che prende*, debbono essere intese nel senso che ciascuno deve contribuire in proporzione della *sua quota ereditaria.* Del pari debbe essere inteso l' art. 794, il quale ripetendo lo stesso principio della divisione de' debiti in proporzione della quota ereditaria, adopera le parole: *gli eredi sono tenuti a' debiti e pesi ereditari, personalmente a misura della loro parte e porzione.* Da queste parole non debbesi dedurre che ogni erede è tenuto al pagamento de' debiti e pesi ereditari ognuno per la *porzione virile*, *pro numero virorum*, così che se tutti gli eredi non vengono chiamati per uguali porzioni, ognuno di loro sia nondimeno obbligato personalmente verso i creditori per una eguale porzione di debiti; ma per lo contrario debbonsi intendere nel senso, che ogni coerede è tenuto personalmente a' debiti e pesi ereditari per la parte ch' è chiamato personalmente a raccogliere nell'eredità col carattere di erede. Pothier, *success.*, cap. 5, art. 3, §. 2; Domat, parte 2, lib. 1, tit. 1, sez. 9, n. 10 e 12; Chabot, sugli art. 870 (791) n. 4 e 5, e 873 (794) n. 3, 4 e 5; Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 342; Duranton, t. 7, n. 424 a 426.

II. Passiamo ora a vedere come l'azione personale de'creditori si esercita contro l'erede quando con lui concorrono de'legatari.

Il codice stabilisce tre specie di legati: *universale*, a *titolo universale* e a *titolo particolare*, art. 928: nelle osservazioni all'art. 964 sono notate le differenze caratteristiche tra queste diverse specie di legati.

Concorrenza dell'erede legittimo col legatario universale.—S'intende facilmente che

sieno affrancate, e resi liberi i beni prima che si proceda alla formazione delle quote. Se i coeredi dividono l'eredità nello stato in cui si trova, il fon- V. l'art. 747.

se il legatario universale succede solo, egli è tenuto al pagamento di tutt'i debiti e pesi ereditari, poichè è impossessato di tutta l'eredità, art. 932, e rappresenta il defunto. Se poi concorre con un erede cui la legge riserva una quota di beni, bisogna far distinzione tra il pagamento de' debiti ereditari e quello de' legati. I debiti diminuiscono l'attivo della successione in danno del legatario universale, non meno che dell'erede della riserva: *bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno*, l. 39, § 1, ff. *de V. S.*, e quindi il legatario universale e l'erede della riserva sopportano ciascuno personalmente la loro parte de' debiti; e l'azione ipotecaria, laddove competa al creditore, sussiste contro di essi per l'intero, art. 935. Ma i legati nascono dalla volontà del defunto, e non può esserne gravato l'erede della riserva, poichè sulla quota di riserva non può il testatore imporre alcun peso, art. 829 e nota 2 pag. 320; ed è perciò che l'art. 935 stabilisce che nella concorrenza dell'erede della riserva e del legatario universale, i legati particolari sono tutti a peso del solo legatario universale. Toullier. t. 4, n. 518, e t. 5, n. 557; Chabot, sull'art. 871 (792) n. 7; Merlin, rep., v. *legataire*, § 7, art. 2., n. 17 e 18; Grenier, t. 1, n. 310; Delvincourt, lib. 3. tit. 4, nota 267.

Concorrenza degli eredi col legatario a titolo universale — Il legatario a titolo universale in proporzione del suo emolumento contribuisce coll'erede anche della riserva al pagamento de' debiti, dice l'art. 792; ed anche *de' legati*, aggiunge l'art. 967. In quanto al pagamento de' legati deve però farsi una distinzione. Se il legatario a titolo universale concorre con un erede cui la legge non riserva una quota di beni, questo erede deve anche egli contribuire in proporzione della sua quota al pagamento de' legati particolari, poichè la disposizione del defunto dev'essere rispettata, e deve gravitare su tutta la massa la quale era disponibile. Se poi l'erede, col quale concorre il legatario a titolo universale, à dritto alla riserva, contribuirà al pagamento de' legati particolari, sol quando oltre la sua legittima, raccoglierà una parte di beni non assorbiti dal legatario a titolo universale. In fine, se vi sia un legatario universale, un legatario a titolo universale ed un erede della riserva, il legatario a titolo universale deve contribuire al pagamento de' legati col legatario universale, art. 966.

Qui si presenta una grave controversia. I creditori del defunto sono tenuti di dividere la loro azione personale tra l'erede legittimo ed il legatario, sia universale, sia a titolo universale? O possono agire direttamente contro l'erede, salvo il suo regresso contro il legatario? Questa quistione è di grande interesse per gli eredi, poichè se i legatari divenissero insolvibili, i soli eredi si troverebbero obbligati a soddisfare tutt'i debiti e pesi dell'eredità. Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 268, gli autori delle pandette francesi t. 3 p. 362, e Duranton, t. 7, n. 435 si pronunziano pel sistema dell'antico dritto consuetudinario della Francia, che accordava al creditore il dritto di agire contro l'erede per la totalità del debito, salvo il regresso contro il legatario; e sotto l'impero del codice credono che l'accettazione avendo impossessato l'erede fin dal momento della morte, art. 645, di tutt'i pesi e di tutt'i vantaggi, à contratto con tutt'i creditori l'obbligazione, la quale non può essere alterata nè diminuita da un fatto posteriore cui i creditori rimangono estranei: aggiungono, che l'art. 794 impone all'erede l'obbligo di pagare tutt'i debiti, *salvo il regresso contro i legatari*—La dottrina contraria sostenuta luminosamente da Toullier, t. 4, n. 517 a 522, la cui opinione rifermata dall' autorità di Chabot, sull'art. 873 (794) n. 28, è in armonia cogli art. 794, 935 e 966, secondo i quali ànno i creditori un'azione personale sì contro il legatario universale che a titolo universale. Ed in vero, se il legatario concorre con un erede legittimo che non à dritto a riserva, è impossessato di pieno dritto dell'eredità, e per l'effetto le azioni ereditarie si possono esercitare soltanto da lui. Se concorre con un erede che à dritto a riserva, questi in virtù del possesso legale esercita primamente tutte le azioni e fa il rilascio al legatario, art. 930; ma dopo il rilascio, le azioni si dividono di pieno dritto, e se non se ne può dubitare per i dritti attivi, neanche se ne deve dubitare pe' dritti passivi. I legatari, come gli eredi legittimi, acquistano la loro parte e porzione fin dal momento dell'apertura della successione, e fin da quel momento ognuno de' legatari e degli eredi rappresenta il defunto per la sua porzione. D'altronde autorizzare i creditori ad agire contro gli eredi per la parte virile de' legatari, sarebbe rendere gli eredi debitori solidali con questi ultimi; mentre i legatari non lo sono con gli eredi; sarebbe lo stesso che stabilire, cosa inaudita in giurisprudenza, una solidarietà non reciproca, e rendere così la condizione de' legatari migliore di quella degli eredi. Ed in fine, se l'art. 794 stabilisce che gli eredi sono tenuti personalmente a' debiti per la loro parte ereditaria, salvo il loro regresso contro i coeredi e contro i legatari per la tangente che questi debbono contribuire; non bisogna dedurne che gli eredi del sangue

V. l'art. 743. do gravato dee stimarsi nella medesima guisa degli altri immobili: si detrae dal prezzo totale il capitale corrispondente alla prestazione: l' erede nella cui

---

sono tenuti verso i creditori a pagare la totalità de' debiti, benchè vi sia un legatario universale. Il regresso che l'art. 794 accorda al coerede riguarda il caso in cui per effetto dell'azione ipotecaria avesse pagato più dell'altro coerede o del legatario; tanto è ciò vero che il regresso che l'art. dà all'erede contro il legatario universale, è messo nella stessa linea del regresso che à contro il suo coerede. In una parola, si può conchiudere che l'effetto della divisione de' debiti fa sì che i creditori debbono direttamente agire contro gli eredi e legatari in proporzione della quota ereditaria di ognuno.

Concorrenza degli eredi co' legatari universali o a titolo universale dell' usufrutto. Per questo caso vedi l'art. 537, la nota 2, pag. 176, e le note 1 a 3, pag. 177.

Concorrenza degli eredi o legatari universali o titolo universale col legatario a titolo particolare. Il legatario a titolo particolare non è tenuto a' debiti e pesi dell'eredità, dice l'art. 792. Si presume che il testatore, lasciando un legato particolare senza assoggettarlo espressamente ad alcun peso, abbia voluto che la cosa legata appartenesse per intero al legatario; e si sono in ciò seguiti i principî del dritto romano, secondo i quali i debiti erano considerati come pesi dell'universalità della successione, non già di alcuni oggetti particolari. *Onus aeris alieni non singolarum rerum, sed universi patrimonii onus est*, l. 31, ff. *de R. J*; e la stessa disposizione è ripetuta nella l. 35, §.1, ff *de heredibus instituendis*, e nella l. 15, C. *de donat.*

L'ipoteca intanto del creditore ipotecario sul fondo legato fa sì che il legatario può esser molestato dal creditore ipotecario: l'ipoteca è indivisibile e produce l'effetto di perseguitare l'immobile nelle mani di chiunque, art. 2000 e 2060. È perciò che l'art. 792 nello stabilire che il legatario particolare non è tenuto al pagamento de' debiti, aggiunge, *salva l'azione ipotecaria*; ed è detto nell'art. 979, *salva l' azione di riduzione*. Vi sono dunque de' casi in cui il legatario a titolo particolare può contribuire almeno indirettamente al pagamento de' debiti e pesi creditari, e su di ciò vedi la nota all'art. 974.

III. Convien ora esaminare gli effetti della divisione de' debiti tra gli eredi:

1.° Ciascun erede del debitore non può esser convenuto in giudizio se non per la porzione di cui è erede, nè può essere obbligato pel dippiù, quando anche fossero insolvibili i suoi coeredi, e la sua porzione fosse più che sufficiente per pagare l' intero debito. La ragione si è, che il fatto de' suoi coeredi divenuti insolvibili non lo rende successore per la totalità alle obbligazioni del defunto: e se l'art. 796 ripartisce tra i coeredi la quota di un coerede insolvibile, questa ripartizione non à luogo che quando il creditore sia pagato da un coerede oltre la sua quota per effetto dell'azione ipotecaria. Ma quando non vi sono debiti ipotecari, ogni coerede paga del debito la sua tangente, e la insolvibilità di un coerede nuoce al creditore non ipotecario; l.2, C.*de hereditariis action.*; Pothier, *obbligations*, n. 319; Toullier, t. 6, n. 759; Chabot, sull'art. 873 (794) n. 28; Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 352.

Questo principio però soffre qualche difficoltà nel caso di concorrenza di un erede col legatario, come si è osservato in questa nota, nella pag. precedente.

2.° Che la rata del debito da ciascun erede dovuta a ragione della sua quota ereditaria à luogo quando anche la porzione virile de' debiti eccedesse il valore della quota che prende nella eredità, ossia l'erede è tenuto *ultra vires hereditatis* quando abbia accettato puramente e semplicemente, l. 8, ff. *de adq. vel omit. hered.*, e vedi la nota 4, pag. 286. Non così quando l'erede à accettato col beneficio dell'inventario, art. 719, e nella nota 3, pag. 304 si è osservato che l'accettazione col beneficio dell'inventario produce l'effetto che l'erede è tenuto *intra vires hereditatis* al pagamento de' debiti e pesi in proporzione della sua quota, e non già fino alla concorrenza del valore intero de' beni che à raccolti per la quota de' debiti che gravita a carico degli altri eredi.

Debba dirsi lo stesso del pagamento de' legati. Gli eredi o i legatari (vedi la nota 1, pag. 301) che non àn accettato col beneficio dell'inventario, sono tenuti al pagamento de' legati *ultra vires hereditatis*, poichè dagli art. 645 e 791 i debiti e pesi sono messi nello stesso livello, ed unica eccezione è nell' art. 700. L'erede che à accettato puramente deve imputare a se stesso di non aver fatto conoscere il vero stato dell'eredità. Questa dottrina sostenuta in Francia da Chabot sull'art. 873 (794) n. 32, Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 128, Malpel, n. 215, Duranton, t. 6, n. 462 era contraddetta senza fondamento dagli autori delle pandette francesi. Presso di noi la dottrina de' primi non può incontrare difficoltà, perchè se l'art. 722 nega all' erede della riserva il dritto di chiedere la riduzione de' legati quando non à fatto l' inventario (vedi la nota 3, pag. 306), a più forte ragione non possono opporre questa eccezione gli altri eredi o legatari.

3.° Che se uno de' coeredi sia nel tempo stesso creditore dell' eredità, non si opera nella

quota cade tal fondo, è caricato solo del pagamento della prestazione: ed egli è in dovere di garentirne i coeredi (1). V. gli 804 e 805,

sua persona la confusione, se non nella quota nella quale è tenuto com'erede. Accettandosi l'eredità col beneficio dell'inventario, non vi sarebbe confusione, poichè l'effetto del beneficio dell'inventario é quello di far considerare l'erede e la successione come due persone differenti, e d'impedire che i loro dritti rispettivi si confondano. Quindi l'erede beneficiato à dritto di prendere sulla massa ereditaria l'intero credito. Ma è da notarsi che se dopo il pagamento di tutt'i debiti e pesi ereditari, vi rimangono de'beni liberi da dividersi tra gli eredi, è evidente che nel fatto l'erede beneficiato viene a soffrire una confusione di una parte del suo credito, poichè il prelegato del credito intero à diminuito di altrettanta somma la massa ereditaria nella quale è chiamato a prender parte. Toullier, t. 7, n. 424; Chabot, sull'art. 873 (794), n. 21.

4.° Ciascuno de'coeredi essendo tenuto personalmente per la sua quota ereditaria, i creditori possono agire contro al coerede tanto ne'beni ereditari, che ne'beni propri, se l'eredità è stata accettata puramente e semplicemente. Se l'eredità è stata accettata col beneficio dell'inventario, la esecuzione può aver luogo ne'soli beni ereditari, art. 719, e nota 4, pag. 286.

Nè è da omettersi che contro lo stesso erede puro e semplice non può eseguirsi l'arresto personale contro il defunto ottenuto, *ob aes alienum, servire liberos creditoribus jura compelli non patiuntur*, l. 12, C. *de obl.*—In quanto alle azioni penali pe'reati del defunto, il procedimento penale si estingue con la morte, l. 111, ff. *de R. J.* e solo può cominciarsi contro gli eredi il giudizio civile pel ristoro de'danni interessi cagionati dal reato, art. 4, *proc. pen.*; art. 1336 e 1337 leg. civ.

IV. La regola della divisione de'debiti soffre molte eccezioni enumerate nell'art. 1174. I necessari sviluppamenti su queste eccezioni e su quelle che derivar possono dalla convenzione saranno esposti nelle osservazioni al citato art. 1174.

(1) Giusta l'art. 747, si procede nella divisione de'beni ereditari alla formazione della massa de'beni innanzi ad un notajo. Può accadere che un immobile dell'eredità sia specialmente ipotecato alla somministrazione di una rendita, e per la regola della divisione de'debiti ereditari stabilita negli art. 791 e 794, il possessore dell'immobile che avesse pagato per effetto dell'azione ipotecaria il totale della rendita, avrebbe un'azione di regresso contro i coeredi per la rispettiva quota; e laddove si trovassero de'coeredi insolvibili, potrebbero intentarsi reciprocamente nuove azioni in garantia. Questa serie annuale e perpetua di azioni in garantia presentato avrebbe il grave inconveniente di mantener liti nelle famiglie, e l'art. in esame à per oggetto di prevenire quest'inconvenienti. Con la prima parte l'articolo accorda a ciascun erede di esigere prima della divisione, che la rendita dovuta su di un fondo gravato con ipoteca speciale, sia affrancata. Con la seconda parte si prevede il caso in cui l'affrancamento non sia richiesto prima della divisione, e si stabilisce che nella formazione delle quote si detrae il prezzo corrispondente al capitale della prestazione, ed il coerede cui è toccato il fondo *è caricato solo del pagamento della prestazione*, ed è in dovere di garantirne i coeredi.

Sulla prima parte dell'articolo è notevole, che non è un obbligo per gli eredi di esigere che le rendite sieno affrancate, ma è saggio consiglio, una facoltà che la legge loro accorda: *ciascun erede può esigere*, dice l'articolo in esame. Possono dunque gli eredi, se sono tutti di accordo, non usare di questa facoltà; che anzi, bene spesso ànno de'ragionevoli motivi a non affrancare le rendite, rimborsando il capitale: tale sarebbe il caso della rendita inferiore al corso ordinario dell'interesse del capitale. Talvolta gli eredi non possono esigere che la rendita sia affrancata prima della formazione delle quote, poichè se è vero che le rendite sono essenzialmente redimibili, art. 453, è pur vero che gli art. 453 e 1783 permettono di stipulare che la rendita non possa esser riscattata se non dopo un termine determinato; Chabot e Maleville sull'art. 872 (793); Toullier, t. 4, n. 560; Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 347.

La seconda parte dell'art. però non è egualmente facoltativa nel caso in cui niuno degli eredi abbia domandato il rimborso della rendita. Il possessore dell'immobile *rimane egli solo caricato del pagamento della prestazione;* così che gli eredi non possono convenire tra loro che l'obbligo di prestar la rendita rimanga indiviso. Ma questa disposizione risguarda l'interesse particolare tra i coeredi. Il creditore che avesse un'ipoteca sopra altri fondi tiene congiuntamente obbligati i possessori de'fondi; e tutti i coeredi poi restano personalmente obbligati nella quota ereditaria a corrispondere la rendita, quantunque il solo possessore dell'immobile fosse obbligato di corrisponderla. Chabot, ibid. n. 4, e pandette francesi su detto articolo.

Quantunque il creditore conserva l'azione personale contro i coeredi a'quali non è

V. gli art. 791, 935, 966, 1166, 1167, 1173, 1174, 2000, 2060 e 2064.

794. Gli eredi sono tenuti a'debiti e pesi ereditarj, personalmente a misura della lor parte e porzione, ed ipotecariamente per l'intero: salvo il regresso tanto contra i coeredi, quanto contra i legatarj universali, per la tangente che i detti coeredi e legatarj debbon contribuire (1).

---

toccato l'immobile gravato della rendita, l'erede possessore dell'immobile è nel dovere di garantire i coeredi, perchè egli solo era gravato dell'obbligo della prestazione, il cui capitale si è prelevato nella divisione. Questa garantia produce in molti casi l'obbligo di redimere il fondo dalla prestazione, se i coeredi lo esigono, massime quando l'ipoteca della prestazione si estenda sopra gli stabili caduti nelle loro porzioni. Questa idea si raccoglie dalle discussioni del consiglio di stato di Francia. Infatti il progetto dell'art. 793 era così concepito: *Allorchè un immobile della successione è gravato di una rendita in virtù d'ipoteca speciale, dev'essere estimato nella medesima guisa degli altri immobili: si detrae dal prezzo totale il capitale corrispondente alla prestazione; l'erede nella cui quota cade tal fondo, rimane solo caricato del pagamento della rendita, e deve garentire i suoi coeredi* — Messo a discussione questo progetto, il processo verbale si esprime così:

« Tronchet pensa che l'erede nella cui quota cade l'immobile gravato di una rendita, » dev' essere obbligato al rimborso, *affinchè la garantia de' suoi coeredi non sia indefi-* » *nita*.

» Regnaud osserva, che l'art. sembra di rimediare a questo inconveniente. Assegnando » la rendita sull'immobile donato, lo grava di una ipoteca speciale che fa cessare tutte le » altre ipoteche.

» Tronchet obietta, che si può prendere ipoteche sopra più immobili.

» Treilhard risponde,che l'art. à tutto preveduto. Un solo erede è gravato della rendita; » così se un creditore viene a prendere una iscrizione su' beni degli altri eredi, il tribunale » l'annullerà.

» Tronchet osserva,che la rendita può essere ipotecata su più immobili ripartiti in diver- » se quote.

» Treilhard dice che, in questo caso, i coeredi di colui ch'è garante *possono contro di* » *lui domandare la radiazione delle iscrizioni prese su' loro beni. Se il creditore li mole-* » *sta, chiedono che sia rimborsato.*

» Tronchet dice, *che ciò è quel che desidera di veder espresso nell'articolo.*

» L'art. è adottato con l'emenda di Tronchet ». Locré, t. 5, p. 74, n. 23.

Risulta adunque da questa discussione, che essendo consono alla lettera ed allo spirito dell'art. 793, che i beni de' coeredi non sieno perpetuamente obbligati ad una prestazione dovuta da un altro, i coeredi possono domandare contro di chi è gravato della prestazione la radiazione delle iscrizioni prese sopra i loro beni; e che se il creditore non consente di riconoscere per solo debitore chi è stato da loro gravato del pagamento della prestazione, essi possono costringerlo ad affrancarla. Così pensa anche Toullier, t. 4, n. 418.

Da ultimo è da notarsi, che la disposizione dell'art. 793 risguardando la prestazione, si estende sì alle rendite infisse sopra i fondi, che a quelle costituite in danaro, essendo redimibili le une e le altre, art. 453 e 1783. Non si può quindi applicare alle rendite vitalizie le quali per l'art. 1851 non sono redimibili, e che d'altronde a motivo de' rischi cui van soggette, potrebbono essere troppo nocive o troppo vantaggiose a' detentori degl'immobili ipotecati: Chabot, sull'art. 872 (793), n. 5, e Duranton, t. 7, n. 438—In quanto poi a debiti esigibili a termine, Toullier, t. 4, n. 560 opina che la disposizione dell' art. 793 si applica, per identità di ragione, al caso in cui l'immobile sia gravato della ipoteca di un debito esigibile a termine, in vece di una prestazione. Questa opinione è rigettata da Chabot, ibid., n. 3, e da Duranton, t. 7, n. 440, perchè non vi esiste la pretesa identità di motivi. Ed in vero, quando trattasi di rendite, se i capitali non fossero rimborsati, vi potrebbero essere in ogni anno, ed anche in perpetuo delle azioni o personali o di regresso da esercitare; laddove pe' debiti esigibili a termine, una sola volta potrebbero aver luogo queste azioni. Si aggiunge, che non sarebbe giusto che uno degli eredi, il quale si mettesse anche di accordo in caso di bisogno col creditore, potesse costringere gli altri a rinunziare al beneficio del termine.

(1) I creditori della eredità, oltre l'azione personale che ànno contro gli eredi e legatari a titolo universale, ànno altresì l'azione *ipotecaria* contro gli eredi possessori degl'immobili che dal defunto erano stati gravati d' ipoteca per sicurezza del credito. Nella nota 8, p. 337 a 341 si sono dati i necessari sviluppamenti sull'azione personale. Qui dobbiamo fermarci ad analizzare la natura e gli effetti dell'azione ipotecaria.

I. In un credito ipotecario si distinguono due cose: il credito, ed il dritto d' ipoteca che vi si trova annesso. Il credito può sussistere senza ipoteca, ma l'ipoteca non può esistere senza un credito. Il credito è un dritto sulla persona, l'ipoteca è un diritto sulla cosa. Il

795. Il coerede o successore a titolo universale, che in forza d'ipoteca ha pagato oltre la sua parte di un debito comune, non ha regresso contra gli coeredi o successori a titolo universale, fuorchè per quella parte che ciascheduno di essi dee personalmente sostenere, quando anche il coerede che ha pagato il debito, siasi fatto surrogare ne'diritti de'creditori; senza pregiudizio però delle ragioni di un coerede il quale in forza del beneficio dell'inventario abbia conservato la facoltà di ripetere, come qualunque altro creditore, il pagamento del suo credito personale (1).

Pel legatario particolare, v. l'art. 974.

V. l'art. 1204.

V. l'art. 719.

---

dritto sulla persona si divide *ipso iure* fra gli eredi del debitore, art. 1173, ma fra l'eccezioni a questo principio indicate nell'art. 1174, vi è il caso del debito ipotecario, per la ragione che la ipoteca non si divide nè attivamente nè passivamente: il dritto del creditore sussiste per intero sopra gl'immobili che gli sono obbligati, sopra ciascuno di tali immobili e sopra ogni parte di essi: *hypoteca est tota in toto et in qualibet parte, tanquam indivisibilis;* art. 2000 leg. civ. È una conseguenza di questo principio la regola consacrata nell'art. 794, che gli eredi sono tenuti *ipotecariamente per l'intero.*

Laonde i creditori possono cumulare l'azione personale ed ipotecaria, e domandare in conseguenza contro di ciascun erede che sia condannato personalmente per la parte di cui è erede, ed ipotecariamente per l'intero. L'azione personale si divide tra tutt'i coeredi, e quindi il creditore che vuole avvalersi dell'azione personale non può costringere un coerede che per la sua quota; ma se questo coerede è possessore di un fondo ipotecato al credito, il creditore mediante l'azione ipotecaria ch'è indivisibile, può costringere il possessore o a pagare l'intero debito, o a rilasciare il fondo, l. 2, C. *si unus ex plurib.*, art. 2064.

Segue da questo principio, che quando un creditore ipotecario sperimenta l'azione ipotecaria per l'intero debito contro l'erede, egli non considera questo erede come obbligato personalmente, ma bensì come terzo detentore, per tutto ciò ch'eccede la sua porzione virile. L'erede adunque convenuto coll'azione ipotecaria non è tenuto direttamente ad altro che a rilasciare il fondo, come anche avendo adempito alla obbligazione che la legge gl'impone col pagare la sua porzione personale com'erede, può opporsi alla vendita de'fondi in suo danno, e domandare che si discutano gli altri beni dell'eredità posseduti da altri eredi, poichè, costoro in tal caso, in rapporto a lui, figurano da principali obbligati, di cui si parla nell'art. 2064. Per verità gli art. 2064 e 2066 accordano la facoltà di rilasciare, per effetto dell'ipoteca, al solo terzo possessore che non è *personalmente obbligato al debito;* e potrebbe dirsi che l'obbligazione personale esiste contro l'erede, come à opinato Fabro, cod., lib. 8, tit. 21, def. 1, e sotto l'impero del codice, Dalloz, v. *hypoteques*, cap. 3, sez. 2, art. 6. Ma a questa obiezione si risponde, che se l'erede del debitore è per l'art. 794 obbligato *personalmente per la sua parte e porzione*, quando à pagato il debito per la sua parte e porzione alla quale è *personalmente* tenuto, egli pel dippiù non può esser obbligato che come possessore dell'immobile ipotecato, e quindi gli dev'essere applicabile l'art. 2064. Questa è l'opinione di Chabot, sull'art. 873 (794) n. 15, di Delvincourt, l. 3, t. 3, nota 346, di Grenier, *hypoteques*, n. 172 e 173, e di Troplong, *hypot.*, n. 798.

II. È da osservarsi in fine, che l'azione ipotecaria de'creditori ereditarî si può sperimentare su'beni ereditarî, ossia su'beni che dal defunto erano stati gravati d'ipoteca. Ma sarebbe un grand'errore il credere che l'erede è tenuto ipotecariamente su'beni proprî; e ciò per la ragione semplicissima, che un debitore non può ipotecare i beni de'suoi eredi, ma soltanto i proprî. Ciascuno non può obbligare se non quel ch'è suo, secondo la l. 29, ff. *de pignor. et hypot.* L'adizione di eredità adunque non produce una ipoteca tacita su'beni di chi l'accetta; ond'è che Bartolo à detto in termini concisi; *obligatio facta a defuncto non porrigitur ad bona ejus heredis.* Grenier, *hypoteques*, n. 170; Troplong, *hypot.*, n. 390.

Il creditore ipotecario però del defunto può acquistar ipoteca su'beni proprî dell'erede in due casi: 1.° Quando avendo un'ipoteca generale su'beni del defunto, la costui eredità è accettata puramente e semplicemente: per effetto di quest'accettazione vi è confusione de'patrimonî, e si vede bene che l'ipoteca generale abbracciando tutt'i beni presenti e futuri del debitore, i beni dell'erede che rappresenta il defunto, rimangono gravati dell'ipoteca del creditore; 2.° Quando il creditore ottiene una condanna contro l'erede, per effetto del giudicato può prendere una iscrizione su'beni dell'erede in ragione della sua porzione virile, alla quale è tenuto personalmente. Ma se l'erede à accettato col beneficio dell'inventario, non può prendersi iscrizione su'beni proprî, per la ragione che la condanna nella porzione virile non può aver luogo che ne'soli beni ereditarî, art. 719

(1) I. Nell'art. 794 si è stabilito, che l'erede il quale per effetto dell'azione ipotecaria

796. In caso d'insolvibilità di un coerede o successore a titolo universale,

---

à pagato più della sua tangente, à un regresso contro i coeredi ed i legatari. L'esercizio di tale regresso vien regolato da questo e dal seguente articolo.

L'antica giurisprudenza presentava una grave controversia, se l'erede il quale per effetto dell'ipoteca era stato costretto a pagare la totalità di un debito ereditario, e si era fatto surrogare a'dritti del creditore, avesse un regresso solidale controque'de'suoi coeredi che sono detentori di altr' immobili ipotecati, e per conseguente astringere ciascun di loro ipotecariamente a rimborsargli tutto ciò che avesse pagato oltre la sua porzione virile. L'art. in esame à definito espressamente che l'erede benchè surrogato nelle ragioni del creditore ipotecario non può agire contro i coeredi che per la porzione virile. Questa disposizione è consona al principio generale stabilito pe'debiti solidali nell'art. 1167. La surrogazione intanto, osserva Chabot, sull'art. 875 (795) n. 2, non è inutile all'erede; se egli non può giovarsi della ipoteca che apparteneva al creditore, affin di costringere ciascuno de' coeredi ipotecariamente per l'intero, può almeno giovarsene per agire su' beni ipotecati contro ciascuno de'possessori per la rispettiva parte e porzione; ed esercitare per tal modo su questi beni il dritto di prelazione rispetto a'creditori chirografari. Così pensano anche Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 351, e Grenier, *hypot.*, n. 174.

II. L'art. in esame contiene un'eccezione a favore dell'erede beneficiato, fondata sul principio che l' erede beneficiato non confonde i suoi beni con quelli del defunto, art. 719. Egli conservando il dritto di ripetere dalla successione il pagamento dell' intero credito, può agire ipotecariamente contro di quello tra gli eredi che possegga l' immobile gravato della sua ipoteca. Ma è da osservarsi, che in questo caso gli eredi puri e semplici avrebbero un regresso sopra i beni compresi nella quota dell'erede beneficiato; e se fossero insufficienti, si ripartirebbe *il deficit* fra essi proporzionatamente. Toullier t. 4, n. 557.

Dalla disposizione dell' art. 795 che riserva i dritti dell' erede beneficiato, si può inferire che l'erede puro e semplice, creditore del defunto, possa, dedotta la sua porzione virile, agire coll' azione ipotecaria contro del coerede possessore dell' immobile gravato della sua ipoteca? La risposta dev'essere affermativa, secondo la legge 1. C. *de hered. act.* La ragione si è che i debiti si dividono *ipso jure* a misura delle porzioni virili, e l' erede puro e semplice non confondendo il suo credito se non per la sua porzione, resta per le altre parti nel caso di un creditore ordinario. Ma Toullier t. 4, n. 558 sostenne sulle prime che l'art. 795 avendo fatto eccezione in favore dell'erede beneficiato, non si dovesse supplire un' eccezione che non si trova nella legge: egli aggiunse, che la prima parte dell'art. 795 à per oggetto di evitare un circuito di azioni, e questo circuito potrebbe rivenire sull' erede che volesse intentare l' azione ipotecaria per intero, dedotta la porzione virile, confondendosi la porzione in lui stesso, allorchè uno degli altri coeredi si trova insolvibile. Questa dottrina è stata riputata giustamente erronea da Chabot, sull'art. 873 (797) n.5, da Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 351, e da Grenier, *hypot.* n. 175, per tre motivi: 1.° Nell'art. 795 si parla del coerede divenuto creditore per acquisto o per surrogazione dopo aperta la successione; ed in questo caso egli non può esercitare l'azione solidale ipotecaria, a motivo della sua qualità di uno degli obbligati come erede, il che lo assimila ad un socio che agisse contro i soci. Si vede bene quindi che l'art. non risguarda il caso di un credito personale che il coerede puro e semplice rappresentava contro il defunto fin da che questi era in vita. Egli dunque si trova nel principio generale che i coeredi non confondono i rispettivi dritti; 2.° Che l'obiezione del circuito delle azioni non regge, poichè l'erede esercitando l'azione ipotecaria contro uno de'coeredi possessore dell'immobile, l'erede costretto al pagamento del debito, non può a'termini dell'art. in esame, esercitare l'azione contro gli altri coeredi, che per la loro porzione virile; 3.° Che se l'art. 795 à fatto un'eccezione soltanto per l'erede beneficiato, questa invece di riputarsi una eccezione, è piuttosto una ripetizione dell'art. 719, ma non segue da ciò che la disposizione dell'art. 795 che riguarda il caso dell'erede *che à pagato oltre la sua quota nel debito comune*, possa applicarsi all' erede che reclama un credito personale — Toullier, che come si è osservato, avea insegnato una dottrina contraria nel t. 4, pel motivo risultante dal circuito delle azioni, riconosce com'erroneo questo motivo nel t. 7, n. 163, e perciò nella quarta edizione, in una nota al n. 558 del t. 4, conviene di esser preferibile l'opinione di Chabot. Sicchè si conviene ora da tutti che l'erede puro e semplice, può, dedotta la sua porzione virile, agire ipotecariamente per l'intero contro i coeredi pel suo credito personale.

III. L'art. in esame à regolato soltanto gli effetti del regresso a favore dell' erede che per effetto dell'azione ipotecaria à pagato un debito oltre la sua porzione. Gli art. 1174 e 1178 stabiliscono che quando l'erede à pagato oltre la sua tangente un debito *indivisibile*, può esercitare contro i coeredi un regresso a misura del rispettivo dritto. Quindi non può l'erede che à pagato un debito indivisibile esercitare un regresso solidale contro i coeredi

la sua tangente nel debito ipotecario è ripartita sopra tutti gli altri proporzionatamente (1).

797. I titoli esecutivi contra il defunto sono parimenti esecutivi contra la persona dell'erede: non potranno ciò nondimeno i creditori procedere alla esecuzione, se non otto giorni dopo aver fatta l'intimazione di questi titoli alla persona o al domicilio dell'erede (2). V. gli art. 714, leg civ, e 158, leg. de espropriaz.

---

dedotta la sua porzione virile, ancorchè si sia fatto surrogare nelle ragioni del creditore, perciocchè vi sono i medesimi motivi dell'art. in esame per escludere il regresso solidale; ed inoltre il creditore non avendo un'azione solidaria contro i condebitori di un debito comune, è chiaro che non potrebbe cedere ad uno di essi un dritto ch'egli medesimo non à. Chabot, sull'art. 875 (795) n. 7; Toullier, t. 6, n. 163, in fine.

(1) La disposizione di questo art. relativo alla ripartizione tra i coeredi della tangente di un coerede insolvibile, à luogo quando il debito pagato fosse *ipotecario*, in conseguenza dell'art. precedente 795. Osservammo nella nota alla pag. 340, n. III. 1.°, che la quota dell'erede insolvibile, si ripartisce tra i coeredi, solo quando il credito è ipotecario.

Osserva Chabot sull'art. 876 (796) n. 4, che la disposizione dell'art. in esame è pure da applicarsi quando l'erede forzato a pagare la totalità di un debito di sua natura indivisibile, o non divisibile riguardo agli eredi, non possa esercitare un regresso utile contro uno dei coeredi insolvibili.

(2) La maggior parte delle consuetudini della Francia non autorizzavano l'esecuzione de' titoli esecutivi contro l'erede, se non dopo che una nuova sentenza lo avesse personalmente condannato. I paesi per lo contrario governati dal dritto scritto autorizzavano l'esecuzione contro l'erede, dopo un semplice avvertimento. Il progetto del codice intanto, coerentemente al dritto consuetudinario, diceva che: « i creditori non possono esercitare delle procedure contro la persona dell'erede, che dopo di aver fatto contro di lui dichiarare esecutori i titoli ottenuti contro il defunto ». Osservò Maleville nel consiglio di Stato (Locré, t. 5, p. 74, n. 25) che la formalità introdotta dall'art. era inutile e dispendiosa, e che sarebbe sufficiente un precetto, come ne'paesi del dritto scritto. Il morto impossessa il vivo; dunque il titolo ch'era esecutorio contro il defunto, l'è di pieno dritto contro il suo erede. Su queste osservazioni l'articolo fu rinviato alla sezione, e trasmesso indi al tribunato, furono fatte delle giudiziose osservazioni contro il progetto, nel modo seguente: « L'erede rappresenta la persona del defunto. Egli succede in tutt'i suoi dritti attivi e passivi. Allorchè perseguita un debitore della successione, non à bisogno di un giudicato che lo riconosce per creditore, e che lo dichiari nominativamente tale. Basta che la qualità di erede sia certa. Perchè dunque, allorchè è perseguitato da un creditore del defunto in virtù di un titolo autentico, sarà necessario di ottenere un giudicato che lo riconosce per debitore? La sua qualità di debitore risulta *ipso jure* da quella di erede di colui che à contrattato il debito. Nell'intervallo del termine che la legge accorda all'erede per fare l'inventario e per deliberare, à tutto il tempo necessario per mettersi in istato di conoscere le forze ed i pesi della successione. I termini non ànno altro scopo. Dall'altra parte, il titolo autentico non è punto alterato per l'avvenimento della morte: non è meno autentico dopo l'apertura della successione di quello che l'era prima.

» Questa necessità di ottenere contro gli eredi un nuovo titolo, non serve che a cagionare spese, a moltiplicare le liti, a somministrare al debitore di mala fede eccezioni di rito per eludere il pagamento. È ammessa, è vero, da molte costumanze, ma è rigettata da'paesi di dritto scritto. Più costumanze la rigettano, e fra le altre la costumanza di Normandia, una di quelle la cui giurisdizione è più vasta.

» In fine il codice, di cui l'oggetto principale è di prevenire le liti e di estirparne la radice per quanto è possibile, non deve ammettere una disposizione che conterrebbe uno de'germi più fecondi di liti.

» Dopo di queste considerazioni, la sezione vota la riforma dell'articolo, e desidera che sia sostituita la disposizione seguente (uniforme all'art. 797) » Locré, t. 5, p.86, n.30.

La disposizione adunque dell'art. 797 è di una giustizia evidente, e nello stesso tempo provvede all'interesse dell'erede, poichè ordinando che il creditore non possa procedere all'esecuzione che otto giorni dopo l'intimazione de' titoli esecutivi alla persona o al domicilio dell'erede, gli lascia il tempo di verificare i titoli, e di opporvisi, se non sono legittimi.

S'intende facilmente che la intimazione de'titoli dev'essere pura e semplice, nè può contenere precetto di pagamento; poichè il precetto è un principio di esecuzione, e l'esecuzione non può cominciare che otto giorni dopo l'intimazione de' titoli.

V. gli art 1998 e 1997. 798. In qualunque caso e contra qualunque creditore essi possono domandare la separazione del patrimonio del defunto dal patrimonio dell'erede.

799. Questo diritto però non si può più esercitare, quando vi è novazione del debito del defunto coll'aver accettato l'erede per debitore.

800. Si prescrive, riguardo a'mobili, col decorso di tre anni.

V. l'art. 1997. Riguardo agl'immobili, l'azione può esercitarsi finchè esistono in mano dell'erede.

801. I creditori dell'erede non sono ammessi a domandar la separazione de'patrimonj contra i creditori della eredità (1).

In pendenza de' termini per fare l'inventario si possono intimare i titoli, procedere anche ad atti di esecuzione: vedi la nota 2, pag. 302.

(1) Si è detto nella nota 2, pag. 337, che i creditori del defunto possono sperimentare tre azioni: l'azione *personale*, l'azione *ipotecaria* quando i beni del defunto erano stati ipotecati per sicurezza del credito, e l'azione *di separazione de' patrimoni*. Si è discorso delle azioni *personale* ed *ipotecaria* nella nota 3, pag. 337 e seg., e 1, pag. 342 e seg.: qui intendiamo esporre la teorica della *separazione de' patrimoni*, comentando complessivamente gli art. 798, 799, 800 e 801.

La separazione de' patrimoni è un dritto che la legge accorda a' creditori del defunto, i quali ànno o credono aver luogo a temere che i debiti personali dell'erede assorbiscono, in loro pregiudizio, i beni della successione, di domandare che cotali beni sieno separati da quelli dello stesso erede. Questo dritto che à per fondamento l'equità rimonta al dritto romano, e nel digesto tit. *de separationibus* sono stabiliti i principî fondamentali della materia consoni alla nuova legislazione.

Perchè questa materia sia trattata con chiarezza, noi esporremo: 1.° Da chi e contro chi può esser domandata la separazione de' patrimoni: 2.° Su quali beni ed in qual tempo la domanda dev' esser fatta; 3.° A quali formalità è soggetta; 4.° Quali ne sono gli effetti.

I.

Da chi e contro chi può esser domandata la separazione de' patrimoni.

I. La domanda di separazione può esser promossa da' creditori del defunto, ove temano che mediante la confusione de' beni della successione con quelli dell'erede, venga a formarsi, tra essi ed i creditori di questo ultimo, una concorrenza pregiudizievole a' loro interessi. Questo beneficio accordato a' creditori dall'art. 798, risguarda principalmente i creditori chirografari del defunto, i quali senza il rimedio della separazione de' beni sarebbero esposti al pericolo di perdere il loro credito per l'accettazione della successione fatta da un erede oberato di debiti. Anche i creditori ipotecari del defunto godono del beneficio della separazione de' patrimoni, quantunque a prima vista potrebbe sembrar inutile, poichè la loro ipoteca essendo anteriore all' adizione dell'eredità, basta di sua natura a farli preferire a' creditori dell' erede. Ma esistono de' casi in cui senza il soccorso della separazione de' patrimoni, i creditori del defunto vedrebbero le loro ipoteche primeggiate da quelle de' creditori dell' erede. Ciò avviene quando questi ultimi abbiano acquistato, contrattando, una ipoteca generale sopra i beni presenti e futuri del loro debitore, e che la data della iscrizione ne sia anteriore a quella presa da' primi sopra i beni del defunto. Lo stesso avviene quando un creditore del defunto con ipoteca speciale sopra un immobile, non trova sufficiente garantia sul pegno, ed à bisogno di rivolgersi su gli altri immobili del defunto. Bisogna dunque che i creditori del defunto impediscano in tali casi la confusione de' patrimoni; e come non ànno per giungervi, che il mezzo della separazione, è indispensabile per essi di avervi ricorso. In una parola, non vi è nel dritto romano e nel codice un testo che ricusi a' creditori ipotecari del defunto il dritto di chieder la separazione de' patrimoni, e questa dottrina viene insegnata da Voet, *ad pandectas*, tit. *de separationibus*, n. 2; Domat, parte 1, lib. 3, tit. 2, sez. 1, n. 2; Merlin, rep., v. *separation de patrimoines*, §. 2, n. 4; Chabot, sull'art. 878 (798) n. 4; Toullier, t. 4, n. 539 e 545: Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 354; Grenier *hyp.*, n. 419 e 420; Duranton, t. 7, n. 471.

Non è necessario che il credito fosse scaduto per domandarsi la separazione: questo dritto può esercitarsi dal creditore a tempo, o sotto condizione, decide la l. 4, ff. *de separationibus*, e secondo l'art. 1133, il creditore può, prima che sia verificata le condizione, esercitare tutti gli atti che tendono a conservare il suo dritto. Su di ciò convengono i citati scrittori.

802. I creditori di un condividente, per impedire che la divisione sia fatta — V. gli art. 784 e 2106.

Un creditore del defunto, quantunqne erede, potrebbe domandare la separazione de' patrimoni, poichè non confonde le due qualità di creditore e debitore, che per la sua quota, e quindi per lo rimanente conserva contro la successione i medesimi dritti di ogni altro creditore; l. 7, C. *de bon. auth. jud. poss.*; Domat, parte I, lib. 3, tit. 2, sez. 1, n. 11; Chabot, sull'art. 878 (798) n. 5; Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 356; Grenier, *hyp.*, n. 420; Duranton, t. 7, n. 472.

Se il debitore diviene erede della persona che l'avea garantito, potrà il creditore, decide la l. 3, ff. *de separat.*, chiedere la separazione de' patrimoni, contro i creditori del suo debitore, poichè, quantunque la fideiussione si trova estinta con la confusione, tuttavia tal confusione è estranea al creditore il quale non perde la sicurtà che avea su' beni del fidejussore, come neppure quella che sempre conserva su' beni del debitore. Questa decisione che prende anche argomento dall'art. 1907 è approvata da Domat, ibid, n. 8, Chabot, ibid, n. 6, Delvincourt e Grenier ibid, e Duranton, t. 7, n. 474.

Per le medesime ragioni si deve decidere, che se un figlio succeduto alla madre divenga indi erede di suo padre, benchè in tal guisa confonda nella sua persona i dritti che la madre avea per le sue prelevazioni e convenzioni matrimoniali, nondimeno i creditori della madre possono dimandare la separazione de' patrimoni, e far rivivere in tal modo i suoi dritti per esercitarli contro l'eredità del padre: Chabot, e Delvincourt, ibid.; pandette francesi sull'art. 878 (798); Grenier, *hyp.*, n. 420; e Duranton, t. 7, n. 473.

Da ultimo, se i beni di una successione passino dall'erede al suo erede, e da questi a coloro che gli succederanno, e così ad altri eredi successivamente; in guisa che la prima successione e le seguenti si trovino confuse tra le mani degli eredi a'quali passano, i creditori di ogni successione ne seguiranno i beni da un erede all'altro, e potranno domandare la separazione; l. 1, §. 8, ff. *de separat.*; Domat, ibid., n. 7; Chabot, ibid., n. 7; Delvincourt, Grenier, e Duranton, ibid.

II. Ciò che si è detto de'creditori del defunto si applica anche a'legatari. Secondo il §. 1, della l. 4, ff. *de separat.*, la legge penultima dello stesso titolo, e le leggi 1, e 2, C. *de bon. auctoritate jud. poss.*, poteva la separazione esser domandata da'legatari; e l'art. 798 sotto la denominazione de' *creditori* comprende egualmente *i legatari*, come spiega l'art. 1997; Merlin, rep. v. *separation de patr*, §. 2, n. 1; Chabot, sull' art. 878 (798), n. 8; Toullier, t. 4, n. 539; Grenier *hyp.*, n. 421; Duranton, t. 7, n. 424.

III. Lo stesso dritto di domandare la separazione de' patrimoni non è accordato dall'art. 801 a'creditori dell'erede, i quali non possono impedire che il loro debitore contragga nuovi debiti, e si obblighi con l'adizione dell'eredità verso i creditori di questa. La medesima disposizione è scritta nella l. 1, §. 2, e 5, ff. *de separationibus*.

Ma se l'erede avesse accettata una eredità manifestamente svantaggiosa con evidente disegno di eludere i suoi creditori, l'azione di separazione de' patrimoni, o almeno l'azione rivocataria contro l'accettazione di eredità può esser permessa a' creditori dell' erede? Il citato §. 5, della l. 1, ff. *de separationibus* stabilisce, è vero, come regola generale, che i creditori dell'erede non potessero domandare la separazione del suo patrimonio, benché avesse accettata l' eredità in frode de'loro dritti, perchè doveano a se medesimi imputare di aver contrattato con un debitore di tal fatta; ma aggiunge, che se vi fosse stata arte o frode dal canto dell' erede, il pretore poteva venire in soccorso de' creditori, soccorso che non poteva così di leggieri ammettersi. *Quaesitum est an interdum etiam haeredis creditores possint separationem impetrare, si forte ille in fraudem ipsorum adierit hereditatem? Sed nullum remedium est proditum: sibi enim imputent qui cum tali contraxerunt*, NISI SI EXTRA ORDINEM PUTAMUS PRAETOREM ADVERSUS CALLIDITATEM EJUS SUBVENIRE, QUI TALEM FRAUDEM COMMENTUS EST, QUOD NON FACILE ADMISSUM EST.

I nuovi autori convengono che se l'accettazione è manifestamente fatta in frode, i creditori dell'erede avranno contro i creditori del defunto l'azione risultante della frode, secondo la regola generale della l. 3, ff. *quae in fraudem*, riprodotta in parte dall'art. 1120. E gli scrittori osservano altresì, che se i creditori del defunto potranno essere esclusi dalle eccezioni di frode, se questa è manifesta, non vi sarà luogo ad una rivocazione dell' accettazione di eredità, poichè sebbene l'art. 706 autorizzi i creditori dell'erede ad accettare in nome suo una eredità alla quale vuole rinunziare in loro beneficio, pure non gli autorizza ad impedirgli di accettare una eredità onerosa; Chabot, sull'art. 881 (801); Toullier, t. 4, n. 547; Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 365; Grenier, *hyp.*, n. 425; Duranton, t. 7, n. 503.

IV. *Contro chi può esser domandata la separazione de' patrimoni*—Può esserlo, dice l'art. 798, contro *qualunque creditore* dell'erede. Non vi è quindi distinzione a fare tra i creditori personali degli eredi, così riguardo a' loro titoli, che rispetto a' loro privilegi ed alle loro ipoteche. *Sed etiam adversus fiscum et municipes impetraretur separatio*, dice la leg-

in frode de'loro diritti, possono domandare che non vi proceda se non col lo-

ge 1, §. 4, ff. *de separat.*; invocando la quale Domat, parte 1, lib. 3, tit. 3, sez. 1, n. 10, dice: « la separazione può esser domandata contro tutte le persone privilegiate, anche contro il fisco ». Ed aggiunge Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 356, che dalla espressione *creditore* adoperata nell' art. 798 non bisogna conchiudere che sia indispensabile che l'erede abbia creditori conosciuti, perchè si possa esercitare il dritto di separazione. La separazione può esser domandata contro l'erede medesimo; l'interesse de'creditori del defunto è lo stesso, se l'erede è un dissipatore, disposto a vendere tutt'i beni dell'eredità, per consumarne il prezzo, o se i debiti ignoti, i quali si scoprissero posteriormente, eccedano il suo attivo.

V. La separazione giova soltanto à que' creditori che l'àn fatta, l. 16, ff. *de separat.*; Voet, *ad pandectas*, tit. *de separat.*, n. 3; Pandette francesi, t. 3, p. 385; Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 356; Duranton, t. 7 n. 467 a 469.

II.

Sopra quali beni ed in qual tempo la domanda di separazione de' patrimoni dev' esser fatta.

I. Non vi à sul dritto di separazione alcuna differenza tra i mobili e gl'immobili: tutti sono sottoposti, secondo l'art. 800, alla separazione.

Ma su' beni donati da un padre a suo figlio, e conferiti dal secondo nella successione del primo, i creditori dell'uno non possono comprenderli nella separazione ch'essi esercitano contro i creditori dell' altro, poichè la collazione non à per oggetto che l'eguaglianza tra i figli, non opera i suoi effetti che riguardo agli eredi tra loro, art. 776: Pothier, *success.* cap. 5, art. 4; Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 356; Grenier, *hypot.*, n. 436; Duranton, t. 7, n. 493.

II. Sul tempo, è primamente da osservarsi che la legge 1, § 12. ff. *de separationibus* prescrive, che la domanda di separazione dev'esser formata anzi che siasi operata, tra il patrimonio del defunto e quello dell'erede, una confusione tale, che divenga impossibile di sceverargli. Ed il presidente Fabro, *de erroribus pragmaticorum*, dec. 2, §. 2, insegnò che per impedire tal confusione, è sufficiente, che sia stato fatto dall'erede un inventario esatto e legale della successione che à accettato, o che i beni e gli effetti di questa successione possano ancora riconoscersi.

Nel codice non si contiene una simile disposizione; ma è nondimeno vero che la separazione sarebbe impossibile, se non si potessero discernere i mobili dell'eredità da quelli dell'erede. Si distinguono ordinariamente mediante un inventario legale fatto dall'erede, o quando trovansi ancora sotto suggelli, o consegnati ad un custode giudiziale. Chabot, sull'art. 880 (800) n. 2; Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 360; Duranton, t. 7, 484 e 485.

La seconda osservazione sul tempo della domanda di separazione de'patrimoni, è che questa domanda si prescrive riguardo a'mobili col decorso di tre anni, e riguardo agl'immobili l' azione può esercitarsi finchè esistino in mano dell' erede: tanto prescrive l'art. 800. La l. 1, §. 13, ff. *de separat.* fissava indistintamente pe' mobili e per gl' immobili il termine di cinque anni—Fermiamoci ad esaminare la disposizione dell'art. 800.

L' azione di separazione si trova prescritta in quanto a' mobili, in tre anni. I tre anni cominciano a decorrere dal dì dell'aperta successione, e non dal giorno dell'accettazione dell'erede, poichè essendo principio di dritto che la prescrizione decorre dal dì in cui l'azione può esser esercitata, l'azione in parola si può sperimentare dal dì dell'aperta successione: in quel istante l'erede n'è impossessato, art. 645; ed inoltre l'accettazione si retrotrae al momento dell'apertura della successione, art. 694: Chabot, sull'art. 880 (800) n. 3; Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 360; Duranton, t. 7, n. 482; decisione della cass. di Parigi del 9 Aprile 1810, in Sirey, 1811, l. 18.

La separazione degl'immobili può esser domandata *finchè esistono nelle mani dell'erede:* il che suppone chiaramente che una volta alienati essi non sono passibili dell'istanza di separazione. Tanto prescriveva pure la l. 2, ff. *de separationibus*, per la ragione che tutto ciò ch' è stato fatto di buona fede nel frattempo dall' erede, dev'essere mantenuto. L'erede in vero à dritto di alienare i mobili ed immobili dal momento in cui si apre la successione, ed il beneficio di separazione accordato a creditori del defunto non può dare ad essi la facoltà d' impedire all'erede che usi della sua proprietà. Tocca a'creditori di vegliare a'loro interessi, chiedendo subito la separazione de'patrimoni per impedire all'erede le alienazioni. Per altro, se sia provato da gravi circostanze che l'erede à alienato gl'immobili in frode de'creditori ereditari e con mala fede degli acquirenti, i creditori o possono far rivocare l'alienazione, o chiedere la separazione sul prezzo, poichè la frode è un vizio risolutivo di tutt'i contratti. Chabot, sull' art. 880 (800) n. 5; Toullier, t. 4, n. 540; pandette francesi, t. 3, p. 386. Grenier, *hypot.*, n. 428. Vedi intanto la pag. 350, n. III.

ro intervento a proprie spese ; ma non possono impugnare una divisione già

Per altro, non si più in questa materia, assimilare l'ipoteca all'alienazione propriamente detta. Essendo la separazione possibile finchè l'immobile esiste nelle mani dell'erede, è chiara la conseguenza che se l'erede avesse ipotecato i beni della successione, i creditori del defunto non sarebbero meno in dritto di esercitare sopra cotesti beni il beneficio della separazione, mentre, l'ipoteca non ispoglia l'erede della proprietà. Così decide la l, 1, §. 3, ff. *de separat.*, e questa è pure l'opinione di Domat, parte 1, lib, 3, tit. 2, sez. 1, n. 6, e di Toullier, t. 4, n. 542.

III. Quantunque l'alienazione fatta di buona fede estingue il dritto di separazione, pure si conviene ora da tutti che il privilegio di separazione può esercitarsi sul prezzo che ne fosse dovuto dal compratore, poichè il prezzo rappresenta la cosa quanto a'creditori del defunto. *Si tamen*, dice Voet sul titolo *de separationibus*, n. 4, *proetium rerum hereditariarum vel etiam universae hereditatis ab emptore nondum solutum sit, rationem non video cur non, pretii saltem respectu, separationibus petendae facultas supersit*, *dum in judiciis universalibus pretium succedit loro rei*: Chabot, sull'art. 880 (800) n. 7; Grenier, *hypot.*, n. 430; Toullier, t, 4, n. 541; Delvincourt, lib. 3, tit. 8, nota 361; Duranton, t. 7, n. 490; Arresti della Cass. di Parigi de'26 giugno e 16 luglio 1828, in Dalloz *réc. pér.*, 1828, 1, 300 e 331—E notevole che Voet stabilisce il privilegio sul prezzo della vendita, quante volte sia ancora dovuto dal compratore; poichè se il prezzo si sia pagato o allo stesso erede o a'suoi creditori prima della domanda di separazione, le cose non sono più intere. E la corte di Cassazione di Parigi con arresto del dì 27 luglio 1813 (in Merlin rep., v, *separat. de patrim.* §. 3, n. 2,) decise, che anche quando i creditori dell'erede facciano astringere l'acquirente a pagar di nuovo ciò che egli à pagato, i creditori del defunto non sono mai ammessi ad intervenire nella graduazione per chiedere la separazione, pel motivo che il dritto alla separazione si è estinto col primo pagamento fatto all'erede. È questa la dottrina di Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 362, di Chabot, sull'art. 880 (800) n. 7, di Toullier, t, 4, n. 541, di Duranton, t. 7, n. 490, di Grenier *hyp.* n. 430.

Ma quando l'azione di separazione viene esercitata sul prezzo dell'immobile alienato, si prescrive con tre anni, come prescrive l'art. 800 pe'mobili? Gli autori delle pandette francesi su detto art., seguiti da Duranton, t. 7, n. 490 opinano per l'affermativa, poichè il prezzo è una cosa mobile. Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 361, è di contraria opinione, sul fondamento che la prescrizione triennale risguarda le cose ch'erano mobili nell'eredità fin dal momento della sua apertura; e non già gli stabili divenuti mobili per fatto dell'erede.

IV. Oltre la prescrizione, il dritto della separazione si estingue, con la *novazione*—*La novazione*, secondo l'art. 799 si opera col aver il creditore del defunto *accettato l'erede per debitore*. È questa una specie di novazione tutta propria, non avendo alcuno de'caratteri che richiede l'art. 1225 per la novazione in generale; poichè l'erede rappresentando il defunto, il creditore che accetta l'erede per debitore non sostituisce un debitore ad un altro.

Questa disposizione dell'art. 799 è tratta dal dritto romano, il quale voleva che il dritto di separazione cessasse, tostochè i creditori avessero in qualsivoglia modo, *qualiter*, seguito la fede dell'erede accettandolo per debitore; l. 1, § 10, 11 e 15, ff. *de separationibus*; l. 2, C. *de bon. auct. jud. possidentis;* Voet, tit. *de separationibus*, n. 7. Ben vero per effettuarsi la perdita del dritto di domandare la separazione, Ulpiano nella citata l. 1, § 10, esigeva che i creditori del defunto si fossero rimessi alla fede dell'erede con deliberato animo di far novozione: e Giustiniano con la l. 8, Cod. *de novat.* stabilì che accettandosi l'erede per debitore non si operasse novazione, se le parti non avessero espressamente rinunciato all'antica obbligazione, dichiarato in termini positivi che preferiscono la seconda.

Ciò non ostante Pothier, *success.*, cap. 5, art. insegnava che la semplice accettazione dell'erede per debitore, senza il concorso di altre circostanze, fosse sufficiente per fare una novazione; e l'art. 799 facendo dipendere dal solo fatto dell'accettazione dell'erede per debitore *la novazione*, à ripristinato la dottrina di Pothier. Quindi il creditore che accetta un'ipoteca dall'erede, un fidejussore, se cangia il modo di pagamento, opera una *novazione*.

S'intende già che per operarsi *la novazione*, l'accettazione dell'erede per debitore deve risultare da un atto che importa assunta dall'erede una espressa obbligazione. Laonde il creditore che riscuote dall'erede gl'interessi e le rendite scadute del suo credito, non per questo si reputa di aver accettato l'erede per debitore, come decise la Corte di appello di Parigi nel primo nevoso, anno 13, in Sirey, t. 1, p. 610. Le procedure giudiziarie che il creditore esercita contro l'erede, non recano verun ostacolo all'istanza di separazione de'patrimoni, poichè non si considera il creditore di aver agito con animo di accettar l'erede per debitore, quando si avvale de'dritti che gli art. 792, 794 e 796 gli accordano

perfezionata, eccetto il caso in cui si fosse fatta senza il loro intervento, mal-

per procedere contro l'erede nella qualità creditaria. Così parimente decideva la l. 7, ff. *de separationibus*. Chabot, sull'art. 879 (799) n. 4; Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 358; Grenier, *hypot.*, n. 426.

È da avvertirsi che l'accettazione dell'erede per debitore, è qualificata dal legislatore *per novazione in questa materia*, disse la Corte di Cassazione di Parigi con arresto del dì 7 Dicembre 1814, in Sirey, 15, 97. Questa novazione adunque, ne conchiude Toullier, t. 7, n. 283, non produce altro effetto oltre quello di far perdere a' creditori il dritto di domandare la separazione de' patrimoni. Se dunque un creditore, cui il defunto avesse dato un'ipoteca o un fidejussore, ricevesse un titolo nuovo col quale accettasse l'erede per debitore, senza dichiarare di far novazione, senza che la volontà di farla risultasse dai termini dell'atto, egli non avrebbe più dritto a domandare la separazione de' patrimoni, ma non avrebbe perduto le sue ipoteche, nè la sua azione contro i fidejussori, perciocchè non vi sarebbe sostituzione di un nuovo debito all'antico, nè sostituzione di un nuovo debitore ad un altro, essendo l'erede il rappresentante del defunto. V. anche Grenier *hypot.* n. 426, e Duranton, t. 7, n. 495.

III.

A quali formalità è soggetta la separazione de' patrimoni.

I. La separazione de' patrimoni avendo per oggetto di conservare a' creditori del defunto il dritto di esser pagati su' beni ereditari a preferenza de' creditori dell'erede, la legge à voluto che questo dritto fosse sottoposto a condizione di pubblicità, ad una iscrizione, come vi sono sottoposti i privilegi.

La separazione si esercita su' mobili e sugl'immobili. Pel sistema generale del codice, il privilegio su' mobili non è sottoposto a veruna condizione di pubblicità e d'iscrizione. Le formalità adunque per conservare il privilegio della separazione non possono risguardare che gl'immobili.

L'art. 1997 prescrive che i creditori, *che domandano la separazione de' patrimoni*, debbono iscrivere il loro privilegio sugl'immobili entro sei mesi dall'apertura della successione. Prima che spiri questo termine, soggiunge lo stesso articolo, non può essere presa veruna ipoteca dagli eredi o rappresentanti del defunto in pregiudizio de' creditori o legatari.

Sicchè, mentre la legge vuole nell'interesse de' terzi la pubblicità del dritto che i creditori e legatari intendono conservare, à contemporaneamente accordato un termine nel quale i creditori dell'erede non possono su' beni ereditari prendere ipoteca in pregiudizio de' creditori e legatari del defunto. Si è osservato in effetti nel numero precedente, che l'erede prima della domanda di separazione può alienare di buona fede l'immobile; ma se l'alienazione à luogo ne' sei mesi dall'apertura della successione, non può nuocere a' creditori o legatari che ànno in questo termine iscritto il loro titolo.

Ma come conciliare l'art. 800, che prescrive di potersi domandare la separazione degl'immobili fino a che sono nelle mani dell'erede, coll'art. 1997 che obbliga coloro che domandano la separazione ad iscriversi fra sei mesi dal dì dell'apertura della successione? Ecco come Merlin concilia i due articoli nel rep., v. *separat. de patrim.*, §. 3, n. 6. « Che » risulta mai da ciò? Una cosa semplicissima, dessa è, che a contare dalla promulgazio- » ne dell'art. 2111 (1997), i creditori del defunto non possono più esigere la separazione » del suo patrimonio, verso i creditori ipotecari dell'erede, se non in quanto essi ne for- » mino la instanza ne' sei mesi dalla sua morte, e che uniscono a questa istanza la precau- » zione d'iscriversi sopra ciascuno de' suoi immobili—Osserviamo, di fatti, che l'art. 2111 » (1997) non accorda la facoltà, come non impone il dovere d'iscriversi sopra gl'immobi- » li del defunto, che *a' creditori che domandano la separazione del patrimonio*. È adun- » que nella sua intenzione, che l'iscrizione non possa aver luogo o produrre il suo effetto, » che nel caso in cui sia, accompagnata o preceduta, da una istanza di separazione. Se » si potessero elevare sul proposito taluni dubbi, sarebbero immantinenti dileguati da un » fatto del quale ci offre la pruova il processo verbale del consiglio di Stato: desso è » che le parole, *che domandano la separazione del patrimonio del defunto, conformemente all' art.* 878 (798), non rinvenivansi nel progetto dell'art. 2111 (1997), » tal che era stato preparato dalla sezione di legislazione; e ch' esse vennero ag- » giunte dietro un cangiamento proposto nel seno dello stesso consiglio di Stato. Ora, » qual poteva essere lo scopo di questo cangiamento? Evidentissimamente non poteva a- » versene altro che di limitare a' creditori i quali domandassero la separazione del pa- » trimonio del defunto, la facoltà d'iscriversi sugl'immobili della successione, ad oggetto

grado la dimanda che essi avessero fatta: salvo il dritto di dedurne la rescissione competente al loro debitore, a'termini degli art. 1119 e 1120.

» di conservare il privilegio di siffatta separazione; non poteva aversene altro, se non » di escludere da questa facoltà coloro i quali, ne'sei mesi dall' apertura della successione, non avessero formato la istanza per la separazione del patrimonio del defunto: non » poteva aversene altro, che di modificare l'art. 880(800), in questo senso, che la facoltà » accordata da cotesto articolo a'creditori del defunto, di domandare la separazione dei » suoi immobili, durerebbe, verso i creditori chirografari dell'erede, tutto il tempo che » gl'immobili rimarrebbero nelle mani di quest'ultimo; ma che verso i creditori ipotecari » dell'erede i quali si fossero fatti iscrivere sopra i beni della successione, essa non sussisterebbe che durante sei mesi che seguiranno la morte del defunto ».— Queste ragioni sono sviluppate dallo stesso autore, nelle *quistioni di dritto*, v. *separat. de patrim.* §. 2.

Questa interpretazione di Merlin è stata addottata da Chabot, sull' art. 800 (800) n. 9, da Grenier, *hypot.*, n. 432; da Toullier, t. 4, n. 544; da Delvincourt, lib. 3, tit. 3. n. 363. Ma Troplong. *hypot.*, n. 325, apporta una modificazione a questa dottrina. Secondo lui, è assolutamente necessario di prendere una iscrizione ne'sei mesi dal dì dell'aperta succesione, altrimenti non possono i creditori del defunto pretendere una preferenza su' creditori personali dell' erede che ànno un' ipoteca iscritta; ma non è di assoluta necessità che la domanda per ottenere la separazione de' patrimoni contro a' creditori iscritti sia proposta tra i sei mesi; la domanda può esser fatta finchè gl' immobili sono in potere dell' erede. Questa modificazione da Troplong alla dottrina di Merlin e suoi seguaci difficilmente si può conciliare colle parole e collo spirito dell'art. 1997, ch'espressamente impone l'obbligo della iscrizione a coloro *che domandano la separazione dei patrimoni*. Dippiù, la iscrizione non stabilisce dritti, ma è un mezzo di conservare un dritto di già acquistato. Or la semplice iscrizione ne'sei mesi che effetto può produrre, quando non è stata preceduta dalla domanda di separazione? Il privilegio de' creditori ereditari non è *ipso jure*, ma dipende dalla domanda di separazione; tanto è ciò vero che i creditori ereditari possono non chiedere questo dritto, o perderlo per loro fatto, accettando l'erede per debitore. Laonde è necessario che la domanda di separazione de' patrimoni sia proposta ne' sei mesi, poichè dessa è il titolo che stabisce il privilegio conservato con la iscrizione.

IV. Si è detto nel §.2.° di questa nota, pag. 349, n. III, che i creditori della successione possono domandare la separazione sul prezzo dell'immobile anche nel giudizio di graduazione. È indubitato ch'eglino debbono iscrivere i loro titoli per conservare il privilegio. Ma questo termine è quello di sei mesi di cui parla l'art. 1997? Cade in acconcio di esaminare questa quistione nelle osservazioni all' art. 1997.

V. Le cose fin qui discorse rendono facile la risoluzione della quistione tanto controvertita nell'antico foro ed oggi, se l'accettazione dell'eredità col beneficio dell'inventario opera *ipso jure* la separazione de'patrimoni, e se risulti da ciò che i creditori ereditari per conservare il loro privilegio riguardo a'creditori dell'erede sieno dispensati dal prendere la iscrizione prescritta dall'art. 1997. La corte di appello di Parigi nel 20 luglio 1811 decise che la separazione de' patrimoni à luogo di pieno dritto senza iscrizione, e che l'art. 1997 non applicasi alle eredità beneficiate. Gli autori delle pandette francesi, t. 3, p. 201, Grenier, *hyp.* n. 433, Malpel, n. 240 e Troplong, *hypot.* n. 651, adottano una tal dottrina. La contraria opinione è sostenuta da Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 171 e da Duranton, t. 7, n. 47 — La Corte Suprema di Giustizia di Napoli à profferito sulla quistione decisioni contrarie—Si è giudicato che la separazione de'patrimoni si opera di pieno diritto, senza che i creditori del defunto abbiano bisogno d'inscrivere il loro privilegio, con arresti de'12 dicembre 1835 (causa *de Liguori ed Altavilla*) e de'10 febbrajo 1842 (causa *graduazione di Melissano*) — La dottrina contraria si è ritenuta con arresti de' 18 febbraio 1833 (causa *Miceli e Barone*); de'12 settembre 1837 (causa *Basile*); de'30 novembre 1837 (causa *Martino* ed *Alberini*); de'12 giugno 1838 (causa *graduazione di Carinari*).

Quale delle due opinioni merita la preferenza? Noi crediamo che l'accettazione dell'eredità col beneficio dell'inventario non è operativa pe' creditori del defunto di alcuna preferenza dirimpetto a' creditori dell' erede: la domanda della separazione de' patrimoni è indispensabile per accordare a' primi la preferenza non solo sugl' immobili, ma anche su' mobili. E prima di discendere alla dimostrazione di questa proposizione, bisogna per onore dell'antica scuola napoletana riferire, che in sostegno di questa verità si trovano ne' dottori (1) delle pregevoli riflessioni che anche oggi spandono molta luce per deciferare la controversia.

---

(1) De Franchis, dec. 296, n. 9, cum de Luca.

SEZIONE V.

Degli effetti della divisione, e dalla garentia delle quote.

V. gli art. 645, 634 802.

803. Ciascun coerede è riputato solo ed immediato successore in tutti i

---

Coloro che sostengono di operarsi la separazione de'patrimoni per l'accettazione dell'eredità col beneficio dell' inventario partono dal principio che il beneficio dell'inventario, non fa confondere la persona del defunto con quella dell'erede: le azioni dell'eredità rimangono distinte da quelle dell'erede, e per conseguente l'accettazione col beneficio dell'inventario opera per sua natura la separazione dell'eredità dalla persona dell'erede, separa il dominio de'beni ereditari. Ma questi autori fanno di un principio vero un'applicazione falsa, perciocchè vogliono estendere gli effetti del beneficio dell' inventario rispetto all'erede, a'creditori dell'eredità, ciò ch'è un errore evidente. Imperciocchè il beneficio dell'inventario è stato introdotto per soccorrere l'erede dalle conseguenze dell'accettazione di una eredità oberata di debiti, e quindi il beneficio è operativo di due effetti soltanto, ch'erede non sia tenuto *de proprio* al pagamento de'debiti ereditari, che non confonde le azioni che può avere contro l'eredità, l. fin. §§. *in computatione*, *C. de jure deliberandi*. Ma non è questo lo scopo della separazione de' patrimoni: è un beneficio ch'è stato introdotto in favore de'creditori del defunto che debbono domandarla, l. 1, § 16, ff. *de separat.*, e quindi il beneficio dell'inventario non opera nel loro interesse la separazione de'patrimoni, altrimenti dovrebbe dirsi che il beneficio della separazione de'patrimoni sia abolito coll'introduzione del beneficio dell' inventario. Il presidente Fabro, *de error. pragmaticorum*, *dec.* 2, *error.* 2 confutò completamente l'errore di taluni pratici che verso la fine del decimo sesto secolo e principî del decimosettimo sostennero la dottrina contraria.

Ciò sarebbe sufficiente per doversi convenire di essere erronea la dottrina del maggior numero degli scrittori francesi, di operarsi la separazione de' patrimoni pel solo fatto di aver l'erede accettato col beneficio dell'inventario. Ma vi sono altri argomenti per distruggere questa dottrina.

1.° La domanda di separazione non giova che a que'creditori del defunto che l'ànno domandata, nè possono profittarne i creditori che non àn curato di fare la stessa domanda, per la ragione semplicissima che il fatto di un creditore non può nuocere, nè giovare agli altri. Or se fosse vero che il beneficio dell'inventario opera di pieno dritto la separazione de'patrimoni, dovrebbe dedursi l'erronea conseguenza che tutt'i creditori del defunto godono il privilegio di essere pagati sul patrimonio del defunto a preferenza de' creditori dell'erede.

2.° Si conviene che la separazione de'patrimoni non si può domandare da'creditori dell'erede: tanto prescrive l'art. 799. Ciò prova che il beneficio dell'inventario è nell'esclusivo favore dell'erede, nè giova a'creditori, altrimenti l'accettazione dell'eredità col beneficio dell'inventario gioverebbe a'creditori dell'erede.

3.° La separazione de'patrimoni produce l'effetto, di far risultare un privilegio a favore de' creditori del defunto, ed è una conseguenza di questa disposizione che i creditori che non avessero causa di prelazione, dovrebbero essere tutti pagati per contributo, e sempre a preferenza de'legatari. Or se fosse vero che la sola accettazione dell'eredità col beneficio dell'inventario operasse la separazione de'patrimoni, dovrebbe dedursi che l'erede non dovrebbe giammai pagare i creditori chirografari a misura che si presentano, e molto meno i legatari, poichè la separazione è qualche cosa dippiù di una semplice opposizione. Intanto l'art. 727 autorizza a pagare i creditori non opponenti a misura che si presentano, l'art. 728 fa prescrivere con tre anni l'azione del creditore contro il legatario. Non è vero dunque che la separazione à avuto luogo per effetto dell'accettazione col beneficio dell'inventario, altramente il privilegio del creditore come potrebbe essere distrutto col pagamento che fa l'erede, e come il privilegio in faccia al legatario potrebbe estinguersi se non col termine ordinario della prescrizione de'privilegi?

4.° Si è di sopra osservato, che alienati i beni, non sono passibili della separazione. Nel sistema che il beneficio dell'inventario opera la separazione, dovrebbe dedursene che l'erede beneficiato non può vendere i beni: ma no, gli art. 723 e 724 prescrivono che nei cinque anni, l'erede beneficiato vendendo i beni senza le formalità decade soltanto dal beneficio dell'inventario, ma le alienazioni rimangono valide; e dopo i cinque anni può vendere liberamente.

5.° A quanti pericoli non mena il sistema contrario, che i creditori pel solo fatto dell'accettazione dell'eredità col beneficio dell'inventario, non solo non debbono fare la domanda

beni componenti la sua quota, o rimasigli all'incanto; e si reputa che non ab-

della separazione, ma neanche sono obbligati d' iscrivere sugl'immobili il loro privilegio! Osserviamolo.

Suppongasi che un erede beneficiato voglia vendere un immobile della eredità: è nell'interesse dell'acquirente di conoscere se sull'immobile vi gravitano de' pesi, poichè nell'affermativa vuole purgare la proprietà da' pesi che potrebbero costringerlo al paga o rilascia. Che deve fare adunque l' acquirente per la sicurezza del suo acquisto? Deve certamente assicurarsi se sul fondo vi gravitano privilegi o ipoteche, e la legge à indicato il modo di purgare la proprietà da' privilegi e dalle ipoteche iscritte, ed anche dalle ipoteche tacite. I privilegi e le ipoteche si conservano con la iscrizione, e quando sottoposti alla formalità della iscrizione, non sono iscritti, non producono il loro effetto contro i creditori ed i terzi acquirenti. Or quando colui che vuole acquistare un immobile dall'erede beneficiato osserva dagli stati d' iscrizione rilasciati dopo sei mesi dall' apertura della successione, che i creditori del defunto non ànno iscritto il loro privilegio, quale prova più certa nell'attuale regime ipotecario, per la sicurezza dell'acquisto? Qual altro mezzo vi è per conoscere se il defunto à lasciato creditori chirografari i quali intendono di conservare un loro diritto privilegiato sul patrimonio del loro debitore? A tante incertezze dunque che sempre accompagnano gli acquisti, se ne aggiungerà un'altra, che le proprietà rimangano gravate di pesi occulti pel solo fatto dell' accettazione dell' eredità col beneficio dell' inventario? Sarebbe altresì una rigorosa conseguenza del sistema che confutiamo, che un acquirente di un immobile o un creditore che à avuto da Tizio in ipoteca il fondo può esser dopo molti anni molestato da Cajo creditore chirografario di Mevio, la cui eredità era stata accettata col beneficio dell'inventario, e dopo molte successioni pervenuta a Tizio. E chi non vede, che questo sistema scuoterebbe dalle fondamenta la sicurezza delle proprietà, obbligherebbe a tante azioni di regresso, ferirebbe il sistema della pubblicità tanto reclamato da' dotti ed ottenuto per opera del codice civile? Chi è quel capitalista che vorrebbe contrattare con un erede beneficiato e ricevere in ipoteca fondi ereditari, quando sarebbe esposto al rischio di esser vinto da un creditore occulto dell'eredità?

6.° Da ultimo, l'obiezione che si ricava dall'art. 2040 che dichiara senza effetto le iscrizioni prese contro l'eredità accettata col beneficio dell'inventario, è di poco momento, se si consideri che l' invocato art. 2040 dichiara senza effetto le iscrizioni tra i creditori del defunto; mentre la iscrizione a'termini dell' art. 1997 conserva il privilegio, *riguardo ai creditori dell' erede*. Sicchè benissimo si conciliano i due art. 2040 e 1997: l' art. 2040 à per oggetto di non accordar preferenza a' creditori della successione che iscrivessero una ipoteca accordata dal defunto o dipendente da un giudicato. L'art. 1997 à per oggetto di far preferire i creditori del defunto a quelli dell'erede, qualora avessero conservato con la iscrizione il privilegio della separazione.

IV.

Degli effetti della separazione de' patrimoni.

I. La separazione, si è di già osservato, fa preferire i creditori ed i legatari del defunto sopra i beni ereditari, a' creditori personali dell'erede. E quando i creditori del defunto sono stati pagati, quelli dell'erede possono rivalersi sopra ciò che rimane nella successione, come decidono la l. 1, §. penultimo, e la l. 3, §. ultimo ff. *de separationibus*.

Ma se non si rinviene nella successione di che pagare i creditori del defunto, possono costoro dopo averla esaurita, ritornare sul patrimonio dell' erede? Questa quistione fu dibattuta tra i giureconsulti romani. Ulpiano nella l. 1, §. penultimo ff. *de separationibus*, e Paolo nella l. 5 dello stesso titolo sostenevano che i creditori dimandando la separazione aveano ristretto i loro dritti a' beni dell' eredità—Papiniano nella l. 3, §. 2, dello stesso titolo teneva opinione, che i creditori del defunto potevano ricorrere contro l'erede, purchè tutt'i creditori di quest'ultimo erano stati soddisfatti, e questa opinione era adottata da Pothier *success.* cap.5, art.4, e da Domat, parte 1, lib.3, tit. 2, sez. 1, n. 9—Malgrado queste autorità si è pensato sotto l'impero del codice, che se tutt'i creditori, sia della successione, sia degli eredi, non ànno ipoteca, essi debbono venire tutti egualmente per concorrenza sopra i beni propri degli eredi. Non si dice in vero nell'art. 798 che i creditori della successione, domandando la separazione de' patrimoni, perdono i dritti ch' essi ànno acquistato su' beni personali dell'erede puro e semplice coll' accettazione che à fatta della successione; essi li conservano adunque tutt'intieri, come se non avessero domandato la separazione. Usando di un beneficio che la legge loro accorda, non possono essere privati del beneficio delle altre disposizioni del codice alle quali non è stato derogato contro di essi. Chabot, sull'art. 878 (798) n. 13; Merlin, rep. v. *separat. de patrim.* §. 5, n. 6,

V. gli art. 741, 1471. bia giammai avuto la proprietà degli altri beni ereditarj (1).

804. I coeredi rimangono vicendevolmente tra loro garanti per le sole molestie ed evizioni procedenti da causa anteriore alla divisione.

Toullier, t. 4, n. 548; Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 365; Grenier, *hypot.*, n. 437; Duranton, t. 7, n. 501.

II. La separazione de' patrimoni non è stata introdotta che contro i creditori dell'erede, e l'art. 1997 non ne fa risultare un privilegio, che *riguardo a' creditori degli eredi o rappresentanti del defunto*. La separazione dunque deve rimaner priva di effetto riguardo a' creditori del defunto, i quali rimangono rispettivamente nel medesimo stato che nel giorno dell'apertura della successione con le loro qualità di privilegiati o d'ipotecari, o di semplici chirografari.

(1) I. Per dritto romano, la divisione era considerata come un acquisto fatto da ciascun coerede delle porzioni indivise de' suoi coeredi negli oggetti dipendenti dalla sua quota, l. 1, §. 8, ff. *comm. divid.* La regola contraria stabilisce l'art. 803, in conseguenza del principio *che il morto impossessa il vivo*, e che ciascun coerede acquista, giusta l'art. 645, la sua quota ereditaria fin dal momento dell'apertura della successione. La divisione adunque non attribuisce proprietà, ma serve a dichiarare quale sia la quota di ciascun coerede, e bene a ragione i moderni autori qualificano la divisione, *dichiarativa* e non già *traslativa* di proprietà.

È una conseguenza di questo principio, che le ipoteche o altri pesi imposti dagli eredi nell'intervallo tra l'apertura della successione e la divisione svaniscono rispetto a' beni che loro non spettano: su questa proposizione convengono gli autori moderni: Merlin, rep., v. *partage* §. 6, n. 2; Pandette francesi, Chabot, Maleville, sull'art. 883 (803) n. 1; Toullier, t. 4, n. 562; Delvincourt, lib. 3, tit. 3, c. 5, § 5; Malpel, n. 304; Duranton, t. 7, n. 515.

II. L'art. in esame estende i medesimi effetti della divisione, all'*incanto*. L'incanto è la vendita che si fa alla subasta di un oggetto indivisibile, per distribuirne il prezzo fra tutt' i condomini: chiamasi anche *licitazione* dalle parole *liceri et licitari*, che significano offrire il prezzo all'incanto, Lexicon Calvini, in verbis *liceri et licitari*.

Si distingue l'incanto *volontario* o amichevole dall'incanto *giudiziario*. L'incanto volontario è quello che si fa innanzi ad un notajo scelto dalle parti e senza alcuna formalità. Perchè possa procedersi a questo modo, fa duopo che tutt'i condomini presenti e di maggior età vi acconsentano, art. 1042 e 1061 p. c., ed il notajo non agisce se non come uffiziale ministeriale per stendere i consensi delle parti e l'atto delle offerte. Gli estranei possono esservi ammessi, se vi sia unanime consenso: vero è che l'art. 1533 attribuisce a ciascuno de' condomini il dritto di domandare che gli estranei sieno invitati all'incanto, ma questo art. dispone pel caso in cui si proceda all'incanto con tutte le formalità prescritte dalla legge: così che un condomino che non acconsenta che sieno ammessi estranei, può negarsi all'incanto amichevole e chiedere che si proceda servate le forme giudiziarie—L'incanto *giudiziario* è quello che si fa osservate le forme stabilite cogli art. 846 e seg. delle *leggi civili*, o 1042 e seg. della *proc. civ.* Esso à luogo quando fra i condomini vi sieno minori, interdetti, non presenti, o altri che non abbiano la libera disposizione de' loro dritti, art. 757, 758 *leg. civ.*, e 1030 *proc. civ.* L'incanto giudiziario à pure luogo se i condomini sieno maggiori e non sieno di accordo all' incanto amichevole.

Il carattere dell'incanto è quello di una vera vendita, se diviene aggiudicatario chi non è condomino: il capitolo delle *leggi civili* relativo all' incanto è sotto il titolo della *vendita*, art. 1532. Ma quando l'incanto à luogo a favore di un condomino o coerede, è una vera *divisione*, poichè l'azione chiamata in dritto *communi dividundo*, à due oggetti, la divisione, e la licitazione, entrambi essendo egualmente l'effetto dell'azione in divisione. La licitazione tra coeredi non è una vendita, ma un modo di dividere, uno degli effetti dell'azione di divisione; o in altri termini, è il compimento della divisione, come dice la l. 1, C. *communi dividundo*. Quindi, allorchè tutti gl'immobili di un'eredità sono toccati per incanto ad uno degli eredi, le ipoteche costituite su quest' immobili contro gli altri eredi si estinguono, nè producono effetto contro l'erede aggiudicatario, ancorchè fossero state iscritte prima di procedersi all' incanto, e su di ciò convengono gli scrittori citati nel numero precedente, non che Proudhon, *de l'usufruit*, n. 2387; Grenier, *hypotheques*, n. 158, e decisione della Cass. di Parigi del 25 gennajo 1809, Sirey, 9, 1, 139. Laonde dice bene Merlin, rep., v. *licitation*, §. 3, che può stabilirsi in principio che l'erede aggiudicatario su licitazione non è un terzo acquirente.

Ma è da osservarsi che la vendita all'incanto è una vera divisione, sol quando interviene tra eredi. Se dunque diventa aggiudicatario un estraneo, non può applicarsi l'art. 803, e'l creditore conserva contro l'estraneo acquirente, per mezzo di una iscrizione ipo-

La garantia non ha luogo, se la qualità della evizione sofferta è stata eccettuata con una clausola particolare ed espressa dell'atto di divisione: cessa in oltre se il coerede soffre l'evizione per propria colpa (1).

tecaria o d'un sequestro presso terzi, i dritti che avea contro l'erede suo debitore, fino alla concorrenza della porzione del prezzo che spetta a questo erede. Così decise la Corte reale di Parigi con decisione de'2 Marzo 1812, approvata da Chabot, sull'art. 882 (802) n. 3, e da Duranton. t. 7, n. 520. Pothier, n. 516.

È una conseguenza del principio che l'aggiudicazione a favore di uno de'coeredi è un modo di divisione, che si è giudicato di non avere i coeredi contro l'aggiudicatario coerede il privilegio de' venditori, nè l'azione risolutiva per mancanza di pagamento del prezzo, ma unicamente il privilegio di condividenti: Decisione della corte di Metz, de' 23 marzo 1820, in Sirey, 20, 2, 338; della corte di Cassazione di Parigi de'24 marzo 1823, in Sirey, 23, 1, 200; della corte di Besanzone, de'25 giugno 1828, in Sirey, 29, 2, 86. e in Dalloz, 29, 2, 132; e della stessa Cassazione de' 29 Dicembre 1829, e 9 maggio 1832, in Dalloz, 30, 1, 35, e 32, 1, 178.

III. Si è agitata tra i dottori la quistione, se la disposizione dell'art. in esame sia applicabile al caso in cui uno de'coeredi acquistasse amichevolmente le porzioni degli eredi, e diventasse così proprietario dell'intero. La ragione di dubitare si trae da ciò che l'art. 803 si avvale della voce *incanto*, il che sembra escludere l'idea di una vendita volontaria ed amichevole. Toullier, t. 4, n. 361 nella nota, sembra adottare la negativa, poichè egli dice, che quando uno de'coeredi compra la parte indivisa dell'altro, questa sarebbe una vendita che non purgherebbe la ipoteca. Sembra preferibile la contraria opinione sostenuta da Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 337 e da Malpel, n. 304, pe'seguenti motivi: 1.° La licitazione è bene spesso volontaria, e l'art. 1532 lo suppone formalmente; 2.° Vi è lo stesso motivo per decidere uniformemente per l'incanto e per la vendita volontaria, e non vedesi la ragione per obbligare le parti che vogliono trattare amichevolmente di fare le spese della licitazione: 3.° I creditori non ànno di che lagnarsi, poichè a' termini dell'art. 802 potevano prima della divisione domandare che non si procedesse senza il loro intervento; e non avendo ciò fatto, la vendita fatta ad uno de' coeredi rimane efficace, e la proprietà libera dalle ipoteche imposte da'coeredi. Così decise la Corte di appello di Parigi con decisione del dì 8 gennajo 1808, confermata dalla Corte di Cass. con arresto del dì 25 gennajo 1809, in Dalloz, v. *successions*, cap. 6, sez. 3, art. 5. Ma se la vendita fosse stata concertata tra tutt'i condividenti, precisamente per frodare le ragioni de'creditori di uno di essi, costoro avrebbero il dritto d'impugnarla, quantunque non avessero formato alcuna opposizione, poichè la stessa decisione si è data al caso dell'incanto per frodare i creditori di uno de'condividenti: Decisioni della Corte di Tolosa de' 21 maggio 1827 e 8 Dicembre 1830, in Dalloz, *rec. pér.* 28, 2, 53, e 31, 2, 66; della corte di Agen, de'24 febbrajo 1824, in Sirey, 25, 2, 216; della corte di Grenoble, de' 15 maggio 1824, in Dalloz, 25, 2, 31; della Corte di Cass. de' 10 marzo 1825, in Dalloz, 25, 2, 31.

IV. È in fine da osservarsi, che la regola sancita nell'art. 803, quantunque sotto il titolo *delle successioni*, si applica ad ogni società indivisa, qualunque sia il titolo del possesso comune, come per esempio alla comunione conjugale, art. 1395, ed alle società, art. 1744. Pandette francesi sull'art. 883 (803); Duranton, t. 7, n. 522; Dalloz, *réc. pér.*, 1825, 1, 259.

(1) La garantia tra i coeredi è un effetto necessario della divisione, ed à per fondamento l'eguaglianza che deve sussistere nelle rispettive quote de'coeredi. L'obbligo di garantia tra gli eredi ch'era stabilito dalla l. 25, §. 1, ff. *fam. erciscundae* e dalla l. 14, C. eod. tit., è rifermato dall'art. 804, secondo il quale la garantia è di dritto, e non à bisogno di essere stipulata, sia che la divisione abbia avuto luogo all'amichevole, sia giudiziariamente.

Convien esaminare per quali cause esiste l'obbligo della garantia, e quali sono le eccezioni al principio dell'obbligo della garantia.

I. *In quanto alle cause della garantia* è da osservarsi, che à luogo *per le sole molestie ed evizioni procedenti da causa anteriore alla divisione*, dice l'art. 804. La *evizione* dunque e *le molestie* sono le cause della garantia tra i coeredi.

La *evizione* è la privazione che il coerede soffre in tutto o in parte del dritto di proprietà della cosa spettatagli in divisione. Così il rilascio di un fondo, o un dritto di servitù che il possessore è obbligato a soffrire in vantaggio di un terzo, è una evizione.

La *molestia* è un atto che tende ad impedire il godimento del possessore. Ve ne à di due specie, una di *dritto* e l'altra di *fatto*. La molestia di dritto è quella che risulta dalla pretensione di un terzo alla proprietà o al godimento della cosa, o pure ad un

V. gli art. 1972, n. 3, 1995, 2023.

805. Ciascun coerede è personalmente obbligato, a proporzione della sua quota ereditaria, a fare indenne il suo coerede della perdita cagionata dalla evizione.

---

semplice dritto di servitù su questa cosa. La molestiá di fatto è quella che risulta da semplici vie di fatto di terze persone, che non suppone dal canto di chi n'è l'autore, alcuna pretensione ad un dritto sullo cosa. S' intende che l'art. 804 si applica alle molestie *di dritto*, poichè spetta a' possessori di difendersi contro *le vie di fatto*. È questo un principio generale di dritto, e perciò si vede che non vi è garantia per via di fatto dal proprietario all'usufruttuario, art. 539; dal locatore al locatario, art. 1571. Pothier *success.* cap. 5; Chabot, sull'art. 884 (804) n. 2; Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 310; Duranton, t. 7, n. 528.

La evizione e le molestie *di dritto* debbono procedere *da cause anteriori* alla divisione per dar luogo alla garantia. È di fatti evidente che le molestie risultanti dall'esercizio di un dritto sopravvenuto posteriormente alla divisione, non possono addebitarsi a' coeredi. Dopo la divisione i rischi sopravvenuti sono a carico di ciascun proprietario: *res perit domino*. Così, se un immobile è deteriorato o distrutto dopo la divisione per un caso fortuito non dà luogo a garantia. Ne' casi fortuiti si deve annoverare l'atto del governo che usando della sua autorità, toglie per motivo di utilità pubblica un immobile spettato in divisione all'erede. Sono di unanime parere gli autori il considerare come un avvenimento di forza irresistibile l'atto governativo che *rivoca, abolisce o modifica i dritti di proprietà de' privati*. Mornac, *ad leg. fin. ff. de eviet.*; Pothier, *vente*, n. 23; Domat, lib. 1, tit. 2, sez. 10, §. 4; Repertorio di Merlin, v. *fait de souverain*.

II. *Eccezioni all' obbligo di garantia tra gli eredi*— Queste eccezioni possono ridursi a quattro.

1.° Se la evizione risulti da causa posteriore alla divisione, come si è spiegato nel numero precedente.

2.° Cessa la garantia, *se la qualità dell' evizione sofferta è stata eccettuata con una clausola particolare ed espressa nella divisione*, dice il secondo comma dell'art. 804. Non è permesso adunque di stipulare *generalmante* negli atti di divisione, che non vi sarà luogo a garantia per qualunque sorta di molestie o evizione, ma è necessario che *la qualità* medesima della sofferta evizione sia stata eccettuata dall' obbligo di garantia con una causola espressa e *particolare*. La clausa generale di non esser gli eredi tenuti rispettivamente a garantia sarebbe contraria alla eguaglianza che dee regnare tra i coeredi, e d'altronde troppo pericolosa, poichè nella divisione all'amichevole potrebbe sovente adoperarsi per ingannare quelli tra gli eredi, i quali non avessero una cognizione sufficiente de' pesi dell' eredità. Chabot, sull'art. 884 (804) n. 5; Toullier, t. 4, n. 565; Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 314; Malpel, n. 306; Duranton, t. 7, n. 534.

Ma se dalla evizione che uno degli eredi à sofferto risultasse una lesione oltre il quarto, egli potrebbe agire per la rescissione, quantunque la garantia per la evizione, fosse stata esclusa con una clausola particolare. Imperciocchè diversa è l'azione di garantia da quella di rescissione. Rinunciandosi alla garantia, non si è inteso di rinunciare alla lesione oltre il quarto che attacca essenzialmente la divisione; che anzi se si può rinunziare alla garantia non si può fare la stessa rinuncia alla rescissione, art. 1520. Chabot, sull'art. 884 (804) n. 5; Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 313; Duranton, t. 7, n. 537.

3.° La terza eccezione all'obbligo della garantià à luogo *se il coerede soffre la evizione per propria colpa*, dice l'art. 804. Così, se à omesso di rinnovare una iscrizione, ed il debitore è divenuto insolvibile; se si è lasciato condannare, senza chiamare i coeredi, i quali avevano mezzi sufficienti per fare rigettare la domanda, art. 1486, l'erede è in colpa. Lo stesso dicasi se abbia fatto prescrivere un dritto, un fondo; ma se la prescrizione era incominciata prima della divisione, e si sia compiuta poco tempo dopo, la perdita dovrà in tal caso ricadere per intero sul coerede? La risoluzione dipende dalle circostanze. Se all'epoca della divisione, non mancava che pochissimo tempo per compiersi la prescrizione, non si può imputare all'erede di non aver interrotto la prescrizione, purchè non ne sia stato avvertito: *plane si paucissimi dies ad perficiendam longi temporis possessionem superfuerint, nihil erit quod imputetur marito*, dice la l. 16, ff. *de fundo dotali*. Maleville e Chabot, sull'art. 884 (804) n. 6; Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 315; Malpel, n. 306; Duranton, t. 7, n. 521.

4.° Cessa in ultimo l'azione in garantia con la prescrizione di 30 anni, come tutte le azioni, art. 2168. Il decorrimento de' 30 anni comincia dal dì in cui à avuto luogo l'evizione, art. 2168.

Una eccezione al principio generale della durata di 30 anni per la prescrizione della garantia, e dall'art. 806 fatta relativamente alle rendite.

Se uno de' coeredi si trova insolvibile, la tangente per cui egli è tenuto, debbe essere egualmente ripartita tra la persona garentita e tutti i coeredi solventi (1).

806. La garentia della solvibilità del debitore di una rendita non dura oltre i cinque anni seguenti alla divisione. Non vi è più luogo a garentia per la insolvibilità del debitore, quando questa è sopravvenuta soltanto dopo essersi ultimata la divisione (2).

SEZIONE VI.

Della rescissione in materia di divisioni.

807. Le divisioni possono rescindersi per causa di violenza, o di dolo. V. gli art. 751, 1065, 1066, 1067, 1070, 1071, 1258.

Può altresì aver luogo la rescissione, quando uno de' coeredi prova di essere stato leso nella divisione oltre il quarto. La semplice omessione di un cespite della eredità non dà luogo all'azione di rescissione, ma soltanto ad un supplimento (3). V. gli art. 810 e 1035.

---

(1) Su questo articolo si è promossa la quistione, se la indennizzazione dev'essere calcolata sul valore che l'oggetto evitto avea al tempo della divisione, ovvero secondo il valore nel tempo della evizione. Il valore è considerato all'istante della divisione da Pothier, *de la vente*, parte 7, art. 6, n. 632, dagli autori delle pandette francesi, da Maleville sull'art. 885 (805) e da Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 312. La contraria opinione è sostenuta da Chabot, sull'art. 884 (804) n. 9, da Malpel, n. 307, e da Duranton, t. 7, n. 546.

(2) Nella nota alla pag. 356, in fine, si è osservato che l'azione di garantia contro i coeredi si prescrive con 30 anni. A questo principio fa eccezione l'art. presente, secondo il quale la garantia della solvibilità del debitore di una rendita non possa esercitarsi che ne' cinque anni seguenti la divisione. Si è creduto dal legislatore, che lo spazio di cinque anni è assai lungo onde l'erede, cui si è attribuita la rendita, possa verificare la solvibilità del debitore ed agire, se vi à luogo, in garantia contro i coeredi. Dopo i cinque anni l'erede non potrebbe agire in garantia, ancorchè provasse che il debitore della rendita era insolvibile prima della divisione, poichè appunto la insolvibilità che deriva da causa anteriore alla divisione si prescrive in cinque anni, mentre la seconda parte dell'art. testualmente stabilisce che per l'insolvibilità posteriore alla divisione non vi è azione in garantia.

(3) I. L'azione di rescissione in materia di divisione ereditaria à per oggetto di ristabilire l'eguaglianza che fosse stata violata. I vizi risolutori de' contratti in generale sono stati dal legislatore ammessi come cause di rescissione nel contratto di divisione, dovendo nelle famiglie regnare la buona fede.

Le cause di rescissione del contratto di divisione sono il dolo, la violenza, l'errore e la lesione.

In quanto *al dolo e violenza* rammentati dall'art. 807, è chiaro che bisogna applicare le disposizioni degli art. 1063, 1065, 1070.

L'*errore* non è menzionato nell'art. 807, ma non bisogna da questo silenzio dedurre che non sia considerato come causa di rescissione. Imperciocchè nella discussione del consiglio di Stato si propose di annoverare l'errore di fatto tra le cause di rescissione, ed il processo verbale si esprime così. « Treilhard dice che la sezione à creduto di non dover fare dell'*er-*
» *rore di fatto* una causa particolare di rescissione. Questa causa, in effetti, si confonde
» con la lesione; perchè, o l'errore di fatto produce un danno, o è indifferente.
» Maleville osserva che l'errore può produrre una lesione, che intanto non sia del
» quarto.
» Cambacérès dice, che in effetti vi à una difficoltà a risolvere. La sezione intende che
» la lesione prodotta dall'errore di fatto, non deve niente cangiare alla divisione? Che
» ne avverrà, per esempio, se un cespite essendo stato per errore compreso nella quota
» di uno degli eredi, ne risulta per gli altri la lesione di un sesto?
» Treilhard risponde, che dopo le precauzioni stabilite, un simile errore diviene quasi
» impossibile. Se intanto avverrà, si procederà ad un supplemento di divisione.
» Cambacérès pensa che l'art. debba esprimerlo.
» Treilhard propone di dire, che l'omissione di un cespite della successione non opera la
» nullità della divisione, ma darà luogo una divisione supplimentaria.
» L'art. è adottato con questa emenda » — Locré, 5, p. 75, n. 32.

Risulta adunque dalla genesi dell'art. 807, che l'errore di fatto si confonde con la lesio-

808. L'azione di rescissione si ammette contra qualunque atto che abbia per oggetto di far cessare la comunione tra i coeredi, ancorchè fosse qualificato con titoli di vendita, di permuta e di transazione, o di qualunque altra maniera.

---

ne, e per tal motivo non si è espresso come causa particolare della rescissione. Se poi l' errore di fatto produce una lesione meno del quarto, l'art. stabilisce che si dà luogo ad un supplemento.

Per ciò che riguarda *l'errore il dritto*, ne'primordi della nuova giurisprudenza si era fortemente agitato, se dovesse considerarsi come causa di nullità della convenzione. Oggi può dirsi di essere una dottrina sanzionata, che il contratto che à per causa un errore di fatto o un errore di dritto dev'esser annullato per mancanza di consenso. L'art. 1063 stabilisce che il consenso poggiato sopra un errore è nullo, nè distingue l'errore di fatto dall'errore di dritto; ed i giudici possono tanto meno supplire a tal distinzione, in quanto che i legislatori, nel passarla sotto silenzio, non ignoravano che fosse stata tra gli antichi giureconsulti una viva controversia. Se dunque Tizio non sapendo di aver dritto alla eredità dell' avo per dritto di rappresentazione di suo padre, divide egualmente la eredità con i figli dello zio morto dopo l'apertura della successione dell'avo; istruito in seguito del suo dritto, può domandare la rescissione della divisione che avea egualmente fatto per errore di dritto—Questo principio che l'errore di dritto annulla le convenzioni viene confermato dalle sue eccezioni. La prima è nell'art. 1310, secondo il quale la confessione non può ritrattarsi *per un errore di dritto*; e la seconda nell'art. 1924, che dichiara la transazione non impugnabile *per causa di errore di dritto*—Le autorità più imponenti vengono in conferma del principio di essere le convenzioni rescindibili per errore di dritto. Papiniano, nelle l. 7 e 8, ff. *de juris et facti ignorantia* stabilisce che l'errore di dritto non è per niuno un modo di acquistare o di perdere la sua proprietà, *juris ignorantia non prodest acquirere volentibus, suum vero petentibus non nocet: omnibus juris error in damnis amittendae rei suae non nocet.* E questa la dottrina di Domat, lib. 1, tit. 8, n. 14, Pothier, pandette, t. 1, pag. 645, n. 3, d'Aguesseau in una dissertazione *sull' errore di dritto*; Toullier, t. 6, n. 59 e seg.; Delvincourt, lib. 3, tit. 5, cap. 1, Duranton, t. 7, n. 557 e 558, e t. 10, n. 127 e seg. Decisioni delle corti di Tolosa, di Douai e Besanzone, de'19 gennajo 1824, dei 17 agosto 1822, e 1 Marzo 1827, in Dalloz, *rec. pér.* 1825, 1, 401; 1827, 2, 95 e 96.

Lesione—Non ogni piccola lesione dà luogo alla rescissione della divisione; bisogna che sia oltre il quarto. Per qual ragione l'art. 807 non richiede la lesione oltre la metà, come nella vendita, art. 1520? L'eguaglianza dev'essere l'oggetto ed il risultamento di ogni divisione; l'intenzione de'condividenti non è, come nelle vendite, di guadagnare gli uni su gli altri, ma di riscuotere ognuno ciò che gli appartiene. L'ineguaglianza quindi oltre il quarto, ancorchè non proceda da dolo o da errore, basta per ordinare la riformazione della divisione: *quod inaequaliter factum est, in melius reformabitur*, dice la l. 3, C. *com. utrius. judic.*

II. Conviene esaminare, se la rescissione per le cause indicate possa aver luogo per le divisioni fatte giudiziariamente. L'affermativa è stabilita dagli autori, perciocchè a prescindere che l'art. 807 non fa distinzione tra le divisioni amichevoli e le giudiziarie, l'art. 1268 dice che le divisioni fatte co'minori e colle formalità richieste, cioè giudiziariamente, art. 757, sono considerate come se fossero state fatte tra'maggiori. Ora se ogni divisione tra i maggiori può esser rescissa, lo può esser per conseguente la giudiziaria. Nè osta l'art. 1530, poichè nelle divisioni tutto si passa tra i soli coeredi; ma nelle vendite di cui è parola nell'art. 1530 gli estranei sono necessariamente ammessi agl'incanti, il che esclude ogni idea di lesione. Maleville e Chabot, sull'art. 888 (808), n. 3; Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 319; Duranton, t. 7, n. 581.

Ma se la divisione dà luogo agl' incanti, la vendita per via di licitazione, può esser rescissa per causa di lesione? Bisogna distinguere: o la licitazione à avuto luogo a favore de'coeredi; ovvero a favore di estranei.

Nel primo caso, la licitazione non essendo altro che una specie di divisione (nota 1, pag. 354), la vendita può esser rescissa per causa di lesione oltre il quarto sopra la totalità della sua porzione ereditaria. E questa la conseguenza necessaria degli art. 807 e 808. Debbe dirsi lo stesso se nell'aggiudicazione vi sono stati ammessi estranei, ma l'aggiudicazione à avuto luogo a profitto di uno de' coeredi.

Nel secondo caso, evvi una distinzione a fare tra il caso della licitazione, a profitto di un estraneo fatta, tra i coeredi ch'erano tutti maggiori, e la licitazione fatta ad un estraneo tra coeredi che tutti o alcuni di essi erano minori, interdetti o assenti. Nel primo caso, la vendita all'incanto può esser rescissa non per lesione oltre il quarto, ma a causa di lesione

Ma dopo la divisione, o dopo l'atto fatto in luogo della medesima, l'azione di rescissione non è più ammessa contra la transazione fatta sopra le difficoltà reali che presentava il primo atto, ancorchè non vi fosse stata sopra tale oggetto alcuna lite cominciata (1). V. gli art. 1916, 1924.

di più della metà, come ogni altra vendita, giusta l'art. 1520. Nè osta alla domanda di rescissione oltre la metà l'art. 1530, poichè questo art. mette al coverto della rescissione per causa di lesione se non *le vendite che*, PER LEGGE *non possono farsi che con l'autorità giudiziale*. Ora, per le licitazioni degli eredi maggiori e presenti non è prescritto di eseguirsi giudiziariamente, e quindi non è applicabile l'art. 1530, ancorchè la licitazione fosse stata ordinata con una sentenza, poichè malgrado la sentenza, potevano i maggiori procedere alla licitazione senza l'autorità del giudice—Nel secondo caso non avvi rescisione, poichè il citato art. dichiarando esenti dalla rescissione le vendite *che per legge non possono farsi se non coll'autorità giudiziale*, per l'art. 758 gl'incanti nelle vendite de' beni ne' quali sono interessati non presenti, minori o interdetti debbonsi fare giudiziariamente. Arresto della cass. di Parigi del dì 4 gennajo 1808, approvato da Merlin, rep. v. *lesion*, §. 3, n. 7; Troplong, *de la vente*, n. 857; Duranton, t. 14, n. 468; Duvergier, *de la vente*, t. 2, n. 81.

III. Rescissa la divisione, si procederà alla formazione delle quote su nuove basi. Ma se alcuni de' coeredi abbiano alienato o ipotecato gl'immobili toccati loro in divisione, la rescissione produrrà l'effetto di risolvere le alienazioni e le ipoteche? Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 324 à sostenuto la negativa per due ragioni: 1.° Che lo spirito generale del codice vuole provvedere alla tranquillità degli acquirenti, e poche eccezioni modificano questo principio; 2.° Che all'argomento che si trae dagli art. 1500 e 1510 che nel caso di vendita si accorda l'azione contro i terzi, si può rispondere che nella vendita si tratta di rescissione per viltà di prezzo; l'acquirente che à dovuto farsi esibire i titoli della proprietà del suo venditore, à potuto vedere dal paragone del prezzo col valore reale dell'oggetto, che vi sia stato realmente lesione. Al contrario colui che acquista un oggetto caduto nella porzione di uno de' coeredi, non può conoscere il dolo, la violenza che si è potuto impiegare, e neanche la lesione, poichè nella pratica non si consegna mai à ciascun erede una copia formale della divisione, ma un estratto per ciò che lo riguarda; 3.° Nella vendita l'azione di rescissione è di due anni, art. 1522, termine che corre anche contro i minori ed interdetti; ma nella divisione è di 10 anni, nè si può supporre che il legislatore abbia voluto lasciare la proprietà incerta per sì lungo tempo.

L'opinione contraria sostenuta da Chabot, sull'art. 887 (807), n. 5, da Toullier, t. 4. n. 573, e da Malpel, n. 312; è più ragionevole, essendo fondata su principi solidi del dritto. L'art. 1136 sotto il titolo de' *contratti in generale* stabilisce la regola, che la condizione risolutiva rimette le cose nello stesso stato che se l'atto non avesse esistito; ed in conseguenza la rescissione della divisione per una causa esistente al momento dell'atto, lo annulla fin dalla sua origine, e fa cessare gli effetti che avea potuto produrre, anche a riguardo de' terzi, *resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis*. Questo principio di ragione è ripetuto nell'art. 2011, secondo il quale coloro che ànno sull' immobile un dritto *soggetto a rescissione*, non possono costituire che una ipoteca soggetta alla *stessa rescissione*. Lo stesso vale per la vendite, altrimenti la rescissione sarebbe un rimedio inefficace: gli autori della lesione, del dolo della violenza si affretterebbero ad alienare o ipotecare gl'immobili in pregiudizio del coerede offeso.

Nè gli argomenti contrari di Delvincourt a noi sembrano di molta forza. Imperciocchè se la rescissione è permessa dagli art. 1500 e 1510, contro i terzi in caso di vendita, perchè la stessa regola non deve correre in materia di divisione? Si è sempre convenuto che la divisione merita maggior favore della vendita, e pure l'art. 1527 autorizza la rescissione contro il secondo compratore. Che se l'art. 1521 nel caso della rescissione della vendita limita la durata di questa azione a due anni, modifica il principio generale della rescissione duratura per dieci anni secondo l'art. 1253; e questa eccezione speciale in materia di vendita derivante dalla discordanza in cui erano i membri del consiglio di Stato sull'ammissione dell'azione rescissoria (Locré, t. 5, p. 51, a 53, n. 5 e 6) non dev'essere un motivo sufficiente ad escludere gli effetti della rescissione della divisione, solo perchè dura dieci anni, contro i terzi.

(1) I. La legge non vuole che si possa eludere la rescissisione autorizzata per le cause di lesione nell'art. 807, con darsi alla divisione il titolo e la forma di un altro contratto, ed anche di *transazione*. Basta che l'oggetto reale dell'atto sia di far cessare la comunione tra i coeredi, che deve considerarsi come una vera divisione, e quindi rescindibile.

Ma si deve forse necessariamente sottoporre alla rescissione per lesione, *qualunque atto ancorchè qualificato per transazione*, che preceda o accompagna la divisione? Chabot

V. l'art. 1542.

809. La detta azione non è ammessa contra una vendita di diritti di successione, fatta senza frode ad uno de'coeredi, a di lui rischio e pericolo dagli altri coeredi, o da uno di essi (1).

V. gli art. 743 e 744.

810. Per riconoscere se vi sia stata lesione, si fa eseguire la stima de'beni giusta il loro valore all'epoca della divisione.

à dato un'esatta spiegazione all'art. 808, facendo una sensata distinzione. Se nell' atto qualificato *per transazione* i coeredi sono d'accordo su'loro dritti rispettivi nella successione, e sorgono tra essi soltanto delle discussioni relative alla divisione, sia per farla ordinare in giudizio contro coloro che non vogliono procedervi all'amichevole, o che vogliono farla prolungare, sia sulla estimazione de'beni, sulla formazione delle quote, ed in generale sul modo di procedere alla divisione e di terminarla; tutte queste discussioni non avendo per fine che di pervenire alla divisione de'beni, l'atto che le termina non può considerarsi come una transazione, ma facendo cessare la comunione è realmente una divisione. Se per lo contrario si fossero elevate delle controversie *reali e serie* intorno a'dritti rispettivi di coloro che concorrono alla successione; per esempio, sulle qualità di uno o più di loro, sulla quota che deve appartenere a ciascuno, sulla validità delle donazioni e de'legati, sull'obbligo o la dispensa alla collazione o alla imputazione, e gli eredi per terminare queste controversie avessero proceduto alla divisione non per quote e formando le porzioni, ma per via di attribuzione, cioè a dire, convenendo tra loro, che secondo le basi adottate, ciascuno debba avere tali beni determinati, in questo caso l'atto è realmente una vera transazione non rescindibile per lesione a' termini dell'art. 1924. Questa distinzione è stata adottata da Toullier, t. 4, n. 580, da Malpel, n. 314, e da Duranton, t. 7. n. 580: in questo modo decise la cassazione di Parigi con arresto del dì 7, Febbrajo 1809, in Sirey, t. 9, p. 210.

II. Se qualunque convenzione che abbia per oggetto di far cessare la comunione, è considerata come divisione, e quindi rescindibile per lesione, ancorchè l'atto fosse stato qualificato per transazione, è ben altro dopo la divisione o dopo l'atto fatto in luogo della medesima; l'azione di rescissione non è più allora, dice il secondo comma dell'art. in esame, ammessa contro la transazione fatta sopra le *difficoltà reali* che presentava il primo atto, ancorchè non vi fosse stata sopra tale oggetto alcuna lite cominciata. La ragione si è che quando la divisione è consumata possono sorgere delle difficoltà circa alla sua esecuzione, e la legge poi permette di transigere sopra queste difficoltà, non essendo applicabile il primo comma, poichè la comunione è cessata per mezzo della divisione. Si richiede però che la transazione dopo la divisione sia caduta sopra *difficoltà reali*, che presentava l'atto di divisione, altrimenti tornerebbe ad aver luogo l'inconveniente che si è voluto prevenire, se, supponendo una difficoltà che non esiste, si potesse consacrare l'ineguaglianza, facendo rinunciare l'erede leso alla rescissione con una transazione imaginaria, sottoscritta qualche volta nel momento stesso o nell'indomani della divisione. Chabot, sull' art. 888 (808) n. 5; Toullier, t. 4, n. 580.

(1) I. Il principio stabilito nell'art. 808 che ogni atto che abbia per oggetto di far cessare la indivisione tra i coeredi sia riputata divisione, e come tale rescindibile per causa di lesione, trova un'eccezione nell'art. 809. Il fondamento di questa eccezione è che nella vendita de'dritti di successione, vi à sempre qualche cosa di aleatorio: la cosa venduta è soggetta ad aumentarsi o diminuirsi, e non vi è di certo se non la qualità di erede nella persona del venditore.

L'art. in esame però richiede tre condizioni perchè sia ammessa l'eccezione:

1.° Che la vendita dev'essere de'dritti di successione, ossia del dritto incorporale della successione. La vendita della quota di beni determinati dopo la divisione, o di parte dei mobili o immobili non costituisce la vendita de'dritti di successione, ma una vendita a titolo particolare di oggetti certi, e quindi rescindibile per lesione oltre il quarto, poichè à per oggetto di far cessare la indivisione.

2.° Che la vendita de'dritti ereditari sia fatta espressamente *a rischio e pericolo* del coerede compratore. La vendita quindi pura e semplice che uno degli eredi faccia al suo coerede de' suoi dritti successivi sarebbe rescindibile per causa di lesione, poichè si reputa a'termini dell' art. 808 fatta per fare cessare la comunione: Merlin, rep. v. *droit. success.*, n. 7.

3.° Che la vendita sia fatta *senza frode*. Vi sarebbe frode, per esempio, se il compratore de'dritti ereditari avesse egli solo conosciuto il valore della eredità, lasciandone nella ignoranza il venditore. Vi sarebbe egualmente frode ogni qual volta il compratore non corra alcun rischio, come p. e., se il venditore rimanesse gravato del pagamento de'debiti. Toullier, t. 4, n. 579; Chabot, sull'art. 889 (809).

II. Dal perchè l'art. in esame negando l'azione rescissoria alla vendita de' dritti ere-

811. Quegli che è convenuto coll'azione di rescissione per causa di lesione, potrà troncare il corso alla medesima, ed impedire una nuova divisione, offrendo e consegnando all'attore il supplimento della sua porzione ereditaria o in danaro o in ispecie (1). V. l'art. 1143.

812. Il coerede che ha alienato la sua porzione in tutto o in parte, non è più ammesso a proporre l'azione di rescissione per dolo o violenza, se l'alienazione è seguita dopo che gli fu palese il dolo, o cessata la violenza (2). V. l'art. 1292.

---

ditari fatta *da un coerede all'altro*, potrebbe dedursi per l'argomento *a contrario sensu*, che se la vendita de'dritti di successione sia fatta *ad un estraneo*, l'azione di rescissione possa essere ammessa. Ma nella interpetrazione delle leggi l'argomento *a contrario sensu* non è sempre concludente; e non lo è specialmente quando si fa nascere da una disposizione nella quale il legislatore si occupa di oggetti che nulla àn di comune con quello della conseguenza alla quale si giungerebbe con questo modo di ragionare. Ora nella sezione di cui fa parte l'art. 809, si parla della *rescissione in materia di divisione*, e lo scopo dell'art. 809 è di troncare l'antica controversia, se la vendita de'dritti di successione ad un coerede sia un atto di divisione. Ma la vendita de'dritti di successione fatta ad un estraneo appartiene al titolo, *della vendita*, ed alla sezione *della rescissione per causa di lesione*: in questa sezione non vi è una parola circa la lesione che può accadere nella vendita di dritti successori fatta a persona diversa da un coerede. Una simile vendita dunque non è rescindibile, come non lo era sotto l'impero dell'antico dritto, per la ragione che la rescissione derivando dal principio che l'eguaglianza deve regnare ne'contratti commutativi, la ineguaglianza cessa di essere una causa di rescissione, quando il contratto è aleatorio. Merlin, rep. v. *droits successifs*, n. 7; Duvergier, *de la vente*, t. 2, n. 75.

(1) La disposizione di questo art. à per fondamento la tranquillità delle famiglie, ed evitare i dispiaceri di una novella divisione; e nello stesso tempo non offende i dritti del coerede leso, cui si deve consegnare il supplimento della sua porzione in danaro o in ispecie, a scelta de'coeredi. Ma è da notarsi che questa facoltà di evitare una nuova divisione con un supplemento, è limitata dall'articolo al caso dell'azione di *rescissione per causa di lesione*. Se dunque l'azione di rescissione è fondata sulla violenza o sul dolo, cessa la disposizione dell'articolo, e quindi si deve procedere ad una nuova divisione. La giustizia e la morale non soffrono che si accordi il minimo favore a coloro, che per dolo o violenza àn indotto il coerede a procedere ad una divisione lesiva. *Nemini fraus sua patrocinari debet.* Pothier, *success.* cap. 4, art. 5; Chabot, sull'art. 891 (811) n. 4; Toullier, t. 4, n. 572; Malpel, n. 315; Duranton, t. 7, n. 572.

(2) Si è su questo articolo promossa la quistione, se dopo l'alienazione in tutto o in parte della porzione toccata in divisione, sia ricettibile la domanda di rescissione per *causa di lesione*. Chabot. sull'art. 892 (812) n. 2, Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 323, e Malpel, n. 316, àn sostenuto l'affermativa, trovandovi l'identità de' motivi. La contraria opinione sostenuta da Merlin, rep. v. *lesion*, §. 4, dagli autori delle pandette francesi sull'art. 892 (812), da Toullier, t. 4, n. 584, e da Duranton, t. 7, n. 589 ci sembra conforme al testo ed allo spirito della legge: 1.° Il silenzio dell'articolo 812 sulla lesione mostra a chiare note che il legislatore non à voluto annoverare questo motivo fra le cause d'irrecittibilità, tanto maggiormente che nell'art. 807 pone la lesione allo stesso livello della violenza e del dolo; nell'art. 811 à esclusivamente parlato della rescissione per causa di lesione, e si è visto nella nota precedente che la sua disposizione non si applica al caso del dolo e della violenza; nello stesso modo l'art. in esame 812 avendo parlato del *dolo* e della *violenza*, dimostra che la sua disposizione non comprende la lesione; 2.° I motivi dell'art. 812 non si possono applicare alla lesione, perciocchè si comprende bene che l'erede che aliena dopo scoverto il dolo, o dopo cessata la violenza, aliena con piena cognizione del vizio della divisione, e quindi tacitamente rinunzia all'azione di rescissione, art. 1292. Ma l'ignoranza della divisione è possibile nel momento in cui l'erede aliena, o se si obietta che prima dell'alienazione l'erede poteva verificare se era stato leso, si risponde, che non sempre nell'atto dell'alienazione si possono conoscere i motivi della lesione, e non si può rimproverare all'erede che à venduto, negligenza sulle cause che rendono rescindibile la divisione per causa di lesione: la lesione è tanto considerata dal legislatore, che ne'contratti di vendita la lesione oltre la metà fa rescindere il contratto, anche se il venditore avesse rinunciato alla rescissione, art. 1520. Non si presume dunque che chi vende rinuncia alla lesione. Il presidente Fabro, Cod. lib. 3, tit. 27, def. 10 riferisce delle decisioni, le quali giudicarano che il mezzo d' irrecittibilità risultante dall'alienazione non può opporsi all'erede che si querela della lesione più del quarto, ed in questo senso decisero le corti di Bourges e di Bordò nel 25 aprile e 6 luglio 1826 in Dalloz. *rec. pér.* 27, 2, 8 e 48.

46

TITOLO II.

DELLE DONAZIONI TRA VIVI E DE' TESTAMENTI (1).

CAPITOLO I.

Disposizioni generali.

813. Nessuno potrà disporre de' suoi beni a titolo gratuito, se non per

---

(1) La più importante prerogativa della proprietà è il dritto di trasmetterla volontariamente ed a titolo gratuito. Il dritto civile di ogni nazione regola tale trasmissione, poichè terminando coll' uomo la proprietà reale, l' esecuzione della sua volontà non può essere garantita se non se dalla protezione della società.

Senza entrare nella discussione agitata da' pubblicisti, se la facoltà di disporre de' propri beni debba considerarsi come un beneficio della legge, o come l'esercizio del dritto di proprietà, diremo solo che i legislatori le àn dato maggiore o minore estensione, secondo l' interesse politico che ànno avuto per la distribuzione de' beni, e pel sentimento dell' autorità del padre di famiglia. Ne' primi tempi di Roma i testamenti facendosi nell' assemblea del popolo, venivano ad essere piuttosto atti del dritto politico che del dritto civile; ed è perciò che i testamenti essendo una legge del popolo, doveano essere fatti colla forza del comando, e con parole che chiamaronsi *dirette ed imperative.* Pieni i Romani dell'idea della paterna potestà, permettevano il testare anche in pregiudizio de' figliuoli: *ubi pater familias legassit de pecunia tutelare rei suae*, *ita jus esto.* La virtù, sentimento fondamentale di quel popolo, non fece temere al legislatore che l' affezione de'padri vacillasse.

Le grandi assemblee del popolo si facevano soltanto due volte l' anno: cresciuto era il popolo del pari che gli affari. Venne perciò giudicato esser convenevole che a'cittadini romani fosse permesso fare il loro testamento alla presenza di alcuni cittadini puberi che rappresentassero il corpo del popolo: si presero cinque cittadini innanzi a'quali l'erede comprava dal testatore la sua famiglia, cioè, la sua eredità: un altro cittadino portava una bilancia per pesarne il prezzo, e perciò questa specie di testamento si chiamò *per aes et libram.* I frammenti di Ulpiano (tit. 20, § 13) dimostrano che la maggior parte delle leggi che regolarono in progresso i testamenti, prendono la loro origine dalla realità di queste vendite. Il sordo, il muto, il prodigo non potevan testare: il sordo, perchè sentir non potea le parole del compratore della famiglia; il muto, perchè pronunziar non poteva i termini della nomina: il prodigo, perchè essendo privato di qualunque maneggio degli affari, vender non potea la propria famiglia.

Cangiati i costumi, le leggi soffrirono un tacito ed un espresso mutamento. Vedremo in appresso come la prima giurisprudenza romana non ammettendo i fedecommessi, gl' introdusse la speranza di eludere la legge *Voconia* che dichiarava le figliuole incapaci di ricevere una successione. Ci basta per ora l' osservare, che sebbene Giustiniano abolì ogni vestigio dell'antico dritto rispetto alle successioni intestate, come pure le antiche formalità delle disposizioni derivanti dalla volontà dell' uomo, non cessa di esser vero che le leggi sue erano una dipendenza delle antiche.

Nel regno erano in vigore le leggi romane sulle disposizioni a titolo gratuito, tranne qualche piccola modificazione nascente da particolari disposizioni. Il dritto consuetudinario napoletano conteneva delle speciali regole che dipendevano dal principio della conservazione de'beni nella famiglia. La diversa maniera quindi di disporre, le sottigliezze che regnavano nel corpo del dritto, e gl'imbarazzi che offriva la teorica de' fedecommessi, rendevano assai complicata la materia delle disposizioni a titolo gratuito.

Quantunque l'antica legislazione presentasse in siffatta materia delle innumerevoli difficoltà, egli è certo però che il dritto di poter disporre con atto tra vivi e con testamento de' propri beni derivava dalla coscienza universale de'popoli. Mirabeau intanto, appena scoppiata la rivoluzione di Francia, aringò contro la facoltà di disporre, e Talleyrand poco dopo la morte di questo oratore, lesse alla tribuna nazionale un discorso sull' *eguaglianza della divisione nelle successioni in linea retta.*

Ciò che la volontà umana à di fantastico e di capriccioso è energicamente scolpito in questo discorso. « E che! egli disse. I capricci e le passioni de'viventi non sono molto per

donazione tra vivi, o per testamento, nelle forme stabilite qui appresso (1). V. gli art. 856 e seg., e 894 e seg.

» la società? Bisogna ancora soffrire i loro capricci e le loro passioni quando non sono » più? Non basta che la società sia attualmente gravata di tutte le conseguenze risultanti » dal dispotismo testamentario dopo un tempo immemorabile fino a questo giorno? Fa d'uo- » po ancora che gli prepariamo tutto ciò che i testatori futuri possono aggiungervi di ma- » le con le loro ultime volontà, bene spesso bizzarro ed anche snaturate? Non abbiamo » veduto una folla di questi testamenti ne' quali respiravano, or l'orgoglio, or la vana » gloria; qui uno ingiusto allontanamento, là una cieca predilezione? La legge cassa i te- » stamenti *ab irato;* ma tutti questi testamenti che si potrebbero chiamare *a decepto*, *a* » *moroso*, *ab imbecilli*, *a delirante*, *a superbo*, la legge non li cassa, nè li potrebbe cassa- » re. In quanti atti notificati a viventi dalle morti, la follia sembra disputarla alle passio- » ni; in quanti atti il testatore fa tali disposizioni della sua fortuna, che non avrebbe » osato vivente farne la confidenza ad alcuno; tali disposizioni, in una parola, ch'egli à » avuto bisogno, per permettersele, di cancellarle dalla sua memoria, e di pensare che la » tomba sarebbe il suo rifugio contro il ridicolo ed i rimproveri!

Gli eccessi della volontà sono bene espressi in questo discorso; ma consegue forse che l'uomo, solo perchè può abusare della sua libertà, dev'essere incatenato? Di quante aberrazioni, di pregiudizi sia capace la mente umana, la coscienza degli uomini e la storia della umanità lo conferma. Ma solo perchè gli uomini ànno abusato e possono abusare di un dritto sacro, ne consegue forse che i legislatori anzi che metter riparo all'abuso, debbono proscriverlo dal codice? E questo passo sarebbe politico, o improduttivo di funeste conseguenze per la potestà paterna, pe' costumi domestici, per la riconoscenza? Che se l'interesse sociale esige che i figli non sieno per un eccesso del potere paterno privati dell'eredità e condannati alla miseria, il legislatore viene in soccorso de' medesimi limitando la facoltà di disporre di colui che à de' congiunti verso de' quali à de' doveri da adempiere. Così si conciliano gl'interessi de' figli ed il dritto di colui che avendo sudato per acquistare, deve godere della facoltà di disporre: facoltà che è una dipendenza naturale della libertà dell'uomo, e della quale Leibnizio cercando la ragione filosofica, con una nobile esagerazione la trova nella immortalità dell'anima. E come il legislatore nella moderna organizzazione politica avrebbe potuto sopprimere la facoltà di disporre garantita dall'autorità de' secoli, rispettata dal codice delle nazioni incivilite, e che à la ragione filosofica nella coscienza universale degli uomini che sentono il bisogno di scolpire sulla loro tomba la loro volontà, come uno epitaffio?

Il codice moderno, sotto la cui politica organizzazione le regole sulla facoltà di disporre appartengono al dritto privato, stabilisce in generale tre principi fecondi di utili conseguenze: 1.° Che la legge accorda al cittadino il libero esercizio del dritto di proprietà, che per altro soffre una giusta restrizione nel caso in cui il disponente lasci figli o ascendenti verso i quali à de' doveri da adempiere; 2.° Che la facoltà di disporre si può esercitare con atto tra vivi o per causa di morte, e nell'uno e nell'altro caso le disposizioni non sono che le espressioni della volontà di colui che dispone: quindi abolite le formole delle disposizioni e tante denominazioni che erano una sorgente infinita di liti rovinose; 3.° Che la circolazione de' beni essendo una delle basi fondamentali del sistema governativo, le proprietà che formano oggetto di disposizione non si possono gravare di sostituzioni fedecommessarie.

Sotto la influenza di questi principî debbonsi esaminare le disposizioni del titolo *delle donazioni e de' testamenti*. La materia è per sua natura estesa, e quantunque il legislatore vi avesse apportato molta chiarezza e semplicità, pure presenta nelle disposizioni particolari delle serie difficoltà che la giurisprudenza non à ancora assodate.

(1) L'antica legislazione ammetteva molti modi di disporre a titolo gratuito: le donazioni tra vivi, le donazioni a causa di morte, i testamenti, i codicilli, le sostituzioni. Si vedrà nella nota seguente ciò ch'erano le donazioni tra vivi e quelle a causa di morte; nella nota 1, pag. 367 ciò ch'erano i testamenti ed i codicilli, e nella nota all' art. 944 ciò ch'erano le sostituzioni. Qui basta l'osservare che il codice civile, ad oggetto di evitare le innumerevoli difficoltà che l'antica legislazione presentava su tanti diversi modi di disporre, stabilisce due modi di disporre a titolo gratuito: uno per atto tra vivi, e si chiama *donazione*: l'altro per atto di ultima volontà, e si chiama *testamento*. « Si potrà disporre, disse » Jaubert nel rapporto fatto al tribunato, de' suoi beni a titolo gratuito, ma ciò non succe- » derà che per *donazione tra vivi o per testamento*. La distinzione delle disposizioni di ul- » tima volontà e testamenti, codicilli o donazioni per morte non sussisterà più; non si co- » noscerà che una sola specie di disposizioni di ultima volontà; esse si chiamano *testamen-* » *ti* ». Locré 5, p. 344, n. 4.

Nondimeno Toullier, t. 5, n. 11 sostiene di essere conforme allo spirito del codice ed

*

V. gli art. 856, 862, 871, 873 875, 876, 878.

814. La *donazione tra vivi* è un atto col quale il donante si spoglia attualmente ed irrevocabilmente della cosa donata in favore del donatario che l'accetta. (1).

---

alla equità, che le donazioni a causa di morte non sono abrogate, ed invoca il sentimento di Merlin, il quale in una nota inserita nella prima edizione del repertorio, v. *donations* sosteneva che l'art. 813 non abolisce le donazioni a causa di morte; ma secondo Dalloz, *disposit. entre vifs*, bisogna credere che Merlin non abbia perseverato nella prima opinione, poichè la nota di cui parla Toullier è stata soppressa nelle posteriori edizioni. Noi crediamo contro Dalloz, che Merlin abbia perseverato nella sua prima opinione, poichè nelle *quistioni di dritto*, v. *donations*, § 6, nell'esame critico che fa di un arresto della corte di cassazione de'12 settembre 1815, prende occasione di parlare delle donazioni a causa di morte, e si compiace che Toullier abbracciato avendo la sua opinione, l'avea dichiarata più conforme allo spirito del codice ed all'equità. Che che ne sia, egli è certo che delle donazioni *a causa di morte* non si fa parola nel codice, e Grenier, *donations, osservazioni preliminari*, n.13, e Duranton, t. 8, n.6 convengono con Jaubert, che le donazioni a causa di morte non sono riconosciute dal codice. Da tutti poi si conviene che le stesse istituzioni contrattuali, le donazioni di beni futuri, quelle fatte tra sposi per contratto di matrimonio sono donazioni tra vivi, perchè irrevocabili, art. 1038, 1039, 1044. Imperciocchè quantunque simili disposizioni aggirinsi sopra beni che saranno lasciati dal defunto, non pertanto il loro effetto risale al giorno medesimo dell'atto, e l'esecuzione sola n'è rinviata alla morte del disponente. Grenier, *donations*, n. 14; Toullier, t. 5, n. 817; Duranton, t. 8, n. 356.

(1) I. Per ben comprendere la ragione per cui il legislatore à dovuto occuparsi della definizione della *donazione*, conviene rimontare al modo come l'antica legislazione considerava le donazioni.

La donazione, era definita nell'antico dritto, una liberalità conferita, da una persona, senza che vi sia obbligata da alcun dritto, ad un altra che l'accetta. Si distinguevano due specie di donazioni, quella tra vivi, *inter vivos*, e l'altra a causa di morte, *mortis causa*; princ. *Inst. de donationibus*. La donazione *tra vivi* era quella che si faceva senza riguardo al caso di morte del donante; § 2, Inst. *de donat*. La donazione *a causa di morte* era quella che si faceva in contemplazione della morte, o per timore di un pericolo imminente; § 1, Inst. *de donat*.

Per determinare adunque il carattere della donazione, bisognava distinguere se il donante trasferiva all' istante la proprietà; o se non volendo trasferire la proprietà che nel caso in cui venisse a morire dopo la donazione, non avesse conceduto al donatario che una semplice speranza: de Luca alla decis. 436 di de Franchis.

Nel primo caso, la donazione era tra vivi, tanto se la disposizione era stata fatta da una persona sana, quanto da un moribondo. Nel secondo caso era una donazione a causa di morte, fosse o pur no imminente il pericolo della morte, come à dottamente illustrato il cardinal de Luca, *de donat.*, disc. 68, n. 3. Ed era cosa essenzialissima conoscere dal tenore dell'atto se la donazione era tra vivi o per causa di morte, per le differenze caratteristiche tra queste due specie di donazioni: 1.° La donazione tra vivi essendo un patto, non richiedeva per la sua perfezione altra solenne formalità che il consenso; ma la donazione a causa di morte partecipando degli atti di ultima volontà, richiedeva il concorso di cinque testimoni presenti; l. ult. C. *de codicil.*; 2.° La donazione tra vivi eccedendo i 500 solidi dovea essere accompagnata della formalità della *insinuazione*, ossia inscritta ne'pubblici registri, e di questa formalità non avea bisogno la donazione a causa di morte, § 2, *Inst.*, l. ult. C. *de donat.*; l. ult. C. *de mortis causa donat.*; 3.° La donazione tra vivi era irrevocabile di sua natura, avendo di comune questo carattere colle obbligazioni contrattuali le quali non potevano rescindersi senza il consenso reciproco delle due parti contraenti. La donazione a causa di morte per l'opposto, avendo la natura degli atti di ultima volontà, era sempre rivocabile, perchè la volontà dell'uomo è instabile fino alla morte; § 1 Inst. *de donat.*; l. 29, ff. *de mortis causa donat.*: 4.° La donazione tra vivi era un titolo atto a trasferire la proprietà e non accordava che un'azione personale, così che la tradizione era necessaria per trasferire la proprietà. La donazione a causa di morte essendo assimilata agli atti di ultima volontà, trasmetteva la proprietà senza il soccorso della tradizione dal giorno della morte del testatore; § 40, Inst. *de rer. divis.*; l. 16 e 30 ff. *de mortis caus. donat.*; 5.° La donazione tra vivi produceva in beneficio del donante convenuto per l'esecuzione della donazione, il *beneficio di competenza*, *beneficium competentiae*, in forza del quale non poteva esser convenuto in giudizio per la totalità degli oggetti donati, ma sino alla concorrenza di quelli necessari al mantenimento della sua esistenza; l. 19, § 1, l. 49 e 50, ff. *de re judic.*; l. 12, ff. *de donat.* Per l' opposto l'erede conve-

815. Il *testamento* è un atto col quale il testatore dispone, pel tempo in

nuto per l'esecuzione di una donazione a causa di morte, non poteva ritenere su'beni che la *quarta falcidia*, l. 2, C. *de mort. caus. donat.*: 6.° La donazione tra vivi produceva l'azione *in virtù della legge*, *condictio ex lege*, avendo Giustiniano colla l. 35, C. *de donat.* dichiarato che la donazione non avea bisogno nè del patto, nè della stipulazione, ma era sufficiente qualunque testificazione della volontà del donante. Se poi era concorsa nella donazione la stipulazione, si poteva agire con l'azione *ex stipulatu*; princ. Inst. *de verb. obl.* All'opposto il donatario a causa di morte avea le stesse azioni del legatario, cioè l'azione *personale*, l'azione *ipotecaria* e la *revindicazione*, l. 1, C. *com. leg.*, § 2. Inst. *de legat.*

Sì diversi essendo gli effetti di queste due specie di donazioni, si può immaginare quante controversie e liti dovea far nascere l' applicazione delle loro vere rispettive caratteristiche. Gl'interpetri stabilivano regole non senza contrasto, e la patria giurisprudenza offre de' giudizi strepitosi in siffatta materia, come si può vedere in de Franchis, decis. 436 con le osservazioni di Amendola e di de Luca.

II. Il legislatore moderno à stimato convenevole l'abolizione delle donazioni a causa di morte (v. la nota precedente), le quali possono assimilarsi a'legati; che anzi un atto qualificato donazione a causa di morte non sarebbe nullo, se contenesse i caratteri e le forme di un testamento, dovendosi considerare più l'essenza degli atti che la loro nomenclatura, art. 892. La disposizione adunque con la quale l' uomo si spoglia attualmente de' beni essendo una donazione tra vivi, il legislatore si è trovato nella necessità di definire la donazione tra vivi, appunto per determinarne gli elementi caratteristici. Egli è vero che le definizioni appartengono alla scienza, ed il legislatore non deve imbarazzarsi in definizioni sempre pericolose; ma quando si passa da una legislazione ad un altra, ed in una materia che formava oggetto di mille liti, il legislatore intende fissare regole precise, egli è nell'obbligo di stabilire la definizione della materia che forma l'oggetto della disposizione, sì per comprenderne la natura che gli effetti. Laonde, se nel consiglio di stato di Francia fu contrastata la definizione della *donazione* e del *testamento* da'signori Regnaud, Béreng er e Galli, pel motivo che le definizioni di loro natura difficilissime appartengono alla giurisprudenza e non alla legge, e che era pericoloso collocarle in un codice, poichè trovandosi viziose potrebbero menare a false conseguenze, si replicò vittoriosamente da Bigot Préameneu, Tronchet e Portalis nel seguente modo:

» Préameneu dice, che le definizioni sembrano necessarie tutte le volte che si fanno de' » cangiamenti nella legislazione, poichè allora fanno conoscere che si è inteso cangiare il » principio.

» Le definizioni sono delle vere disposizioni, ed anche delle disposizioni fondamen» tali della legge; poichè fissano le incertezze che possono nascere dalle altre disposi» zioni.

» Tronchet dice, che definendosi le donazioni ed i testamenti, si è voluto indicare il ca» rattere proprio di ciascuno di questi atti e dedurre le differenze che li distinguono. Così » il carattere differenziale è la revocabilità o irrevocabilità. Tronchet aggiunge, che il co» dice civile non è redatto pe'soli giudici, per i giureconsulti, ma per rischiarare tutt'i » cittadini. Bisogna dunque che cadauno possa apprendervi quali sono gli effetti della dona» zione che gli è permessa di fare.

» Portalis osserva, che oggi si redige un codice destinato a rimpiazzare il dritto scritto » e le consuetudini, e non può dispensarsi dal definire, perchè queste leggi abrogate non » dovendo ormai esser insegnate nelle scuole, non darebbero più una idea precisa della cosa, » se non fosse spiegata dal codice civile. Un codice completo, come quello che il consiglio » prepara, non esiste che in Prussia, e'l codice Prussiano contiene delle definizioni: del » resto non si fa quì che seguire l' esempio di Giustiniano. Una persona non saprebbe più » precisamente ciò ch'è una donazione tra vivi o un testamento, se Giustiniano non ne a» vesse fatto inserire la definizione nel digesto. Aggiunge Portalis che le definizioni di » dritto non sono puramente scientifiche: esse sono positive. Nelle scienze ordinarie tutto » è di dritto e di ragione: nella legislazione niente non esiste che per volontà positiva del » legislatore ». Locré, t. 5, p. 202 e 203, n. 3.

III. Giustificata la necessità di aver il legislatore dovuto definire la donazione tra vivi, passiamo ad esaminare i caratteri della donazione che derivano dalla sua definizione.

Il progetto del codice definiva la donazione tra vivi un *contratto*. Alla parola *contratto* fu sostituita l'altra di *atto* che si legge nell'art. 814, sulla osservazione del capo del governo di allora, pel motivo « che il *contratto* impone delle mutue obbligazioni a'due contraen» ti, e perciò questa espressione non può convenire alla donazione. » Locrè, t. 5, p. 202, num. 3.

V. gli art. 892, 894, 990. cui avrà cessato di vivere, di tutti o di parte de'suoi beni, e che ha la facoltà

Malgrado questo cangiamento, non lascia di esser vero che la donazione è un *contratto*, poichè non è perfetta che quando vi concorre il consenso di ambe le parti, art. 862. Nè il motivo che à dato luogo al cangiamento di redazione è sufficiente a giustificarlo, poichè secondo i principî del codice, la parola *contratto* si applica pure alle obbligazioni unilaterali e di beneficenza, art. 1057 e 1059. Che diremo poi quando la donazione è accompagnata da condizioni o pesi che a'termini dell'art. 1060 producono obbligazioni reciproche? Gli autori perciò (Grenier, *donations*, n. 76, Toullier. t. 5, n. 4, Duranton, t. 8, n. 13 e 14) continuano a qualificare la donazione qual contratto; e s' insiste su questo punto non solo per riguardo della purezza della dottrina, ma per una importante conseguenza. Imperciocchè dicendosi che la donazione è un *atto, giacchè non produce obbligazioni scambievoli*, bisognerebbe forse dedurne che fosse lecito al donatario di rinunciare alla donazione accettata? Se la donazione è pura, la rinuncia del donatario può essere efficace, purchè non sieno lesi i dritti de'suoi creditori o de'terzi che su'beni donati avessero acquistato dritto. Ma se la donazione era accompagnata da pesi, che che ne dica Maleville, il donatario non può abbandonare i beni donati, senza il consenso del donante, poichè dall'accettazione risulta un contratto sinallagmatico, un obbligo reciproco che non può esser più rivocato. Grenier, *donations*, n. 79 e seg. à dimostrato con solidi ragionamenti che le donazioni onerose non sono rivocabili dopo l' accettazione, ed è perciò che la legge à preso tante precauzioni per rendere irrevocabile l'accettazione delle donazioni de' minori e degli stabilimenti pubblici, art. 386, 826 e 859. A qual pro tutte queste precauzioni, se il donatario il quale si avvede di essere la donazione più onerosa che lucrativa, possa rinunciarvi dopo di averla accettata? Ed aggiunge Toullier, t. 5, n. 283 nota, che si può anche trarre argomento per l'irrevocabilità dell'accettazione dall'art. 1008. La stessa dottrina è insegnata da Duranton, t. 8, n. 17.

Caratteri della donazione tra vivi sono che il donante si spoglia *attualmente* ed *irrevocabilmente* della cosa donata in favore del donatario che l' accetta, art. 814 e 862. Per ispogliarsi *attualmente* il donante, conviene che la cosa donata sia nel suo dominio per poterne disporre; e per dirsi che il passaggio nel dominio sia *irrevocabile*, è mestieri dedurre che non è permesso al donante d' imporre dopo l' accettazione delle condizioni, o altrimenti disporre della cosa donata. In una parola, ogni donazione che non presentasse questi caratteri, cioè a dire che sarebbe stipulata rivocabile, sia implicitamente, sia esplicitamente, o che sarebbe relativa ad un oggetto di cui il donante non avrebbe la libera disposizione, sarebbe nulla, art. 814, 867, 868 e 869; e perciò si è consacrato l'adagio, *donare e ritenere non vale.*

Non si oppone al principio *donare e ritenere non vale* una condizione apposta nella donazione, poichè se la condizione è sospensiva, il donatario ha una semplice speranza finchè non siesi verificata la condizione, art. 1134; ma se la condizione si avveri, il donatario si reputa proprietario della cosa donata fin dal momento dell'accettazione, poichè la condizione verificata à un effetto retroattivo, art. 1132. Se poi la condizione è risolutiva, non sospende l'effetto della donazione, e neanche la sua esecuzione; soltanto se si verificasse, risolverebbe la donazione, art. 1136. A più forte ragione è valida una donazione a termine, mentre il termine non sospende l' obbligazione, ma ne ritarda l'esecuzione, art. 1138.

IV. Le donazioni possono essere *particolari, universali o a titolo universale.* La donazione *singolare* è quella che contiene un oggetto particolare. La donazione *universale* è la disposizione con la quale il donante dona l'universalità de'beni che possiede, art. 929. La donazione a *titolo universale* è la disposizione con la quale il donante dona una quota parte de'suoi beni, come il terzo, il quarto o tutt'i suoi immobili, o tutti i suoi mobili, o una quota fissa di tutt'i suoi immobili o di tutt'i suoi mobili, art. 964. Le regole stabilite dalla legge per le donazioni particolari sono applicabili in generale alle donazioni universali ed a titolo universale.

È notevole però che se il codice non vieta di donare, anche fuori contratto di matrimonio, tutti o una quota de'nostri beni presenti, così che può ritenessi che una donazione può essere *universale* o a *titolo universale*, non bisogna dedurne che dovessero applicarsi alle donazioni tra vivi in forma di universalità, le regole stabilite cogli art. 929 e 964 per dedurne che il donatario universale o a titolo universale, sia come il legatario universale, tenuto *ipso jure* al pagamento de'debiti. Vedi la nota all'art. 869.

V. Nella loro natura considerate le donazioni possono essere *pure, onerose, indirette, vicendevoli e remuneratorie.*

Le donazione *pure* sono quelle che derivano dalla sola liberalità del donante.

Le donazioni *onerose* sono quelle che vengono fatte sotto certi pesi imposti al donatario come una condizione della donazione; poichè il donante può imporre al donatario quegli

di rivocare. (1).

obblighi che giudica a proposito, purchè nulla di contrario contengono alle leggi ed ai buoni costumi, art. 816. Vedremo nelle osservazioni all'art. 855, se queste specie di donazioni debbono essere accompagnate dalle formalità prescritte per le donazioni tra vivi pure.

Le donazioni *indirette* sono quelle che vengono celate sotto la forma di un contratto oneroso. La giurisprudenza à dichiarate efficaci simili donazioni: vedi la nota all'art. 827.

Le donazioni *vicendevoli* sono quelle con le quali due persone si donano reciprocamente l'uno all'altro con lo stesso atto. La legge dichiara valide le donazioni vicendevoli tra vivi, le quali contengono lo spoglio attuale ed irrevocabile de'beni donati, arg. degli art. 885, 893, e 1051. Merlin, rep., v. *donations*, § 8, n. 4; Grenier, *donations*, n. 186; Toullier, t. 5, n. 305.

La donazione *rimuneratoria* è quella che vien fatta per ricompensare qualche servigio prestato al donante o a'suoi — Bisogna far distinzione tra la donazione rimuneratoria propriamente detta, e quella ch'è semplicemente rivestita di questo nome. Se i servigi prestati sono valutabili per una somma di danaro, e se il donatario avesse un'azione per ottenere il pagamento o la ricompensa, il contratto non à che il nome di donazione rimuneratoria, ma in sostanza è un dono in pagamento, *datio in solutum*, specie di contratto che ha le sue regole particolari, che rassomiglia molto al contratto di vendita, nè è soggetto ad alcuna regola particolare alla donazione propriamente detta: Paolo, *Sent.* l. 5, tit. 11, n. 6; l. 19, § 1 ff. *de donat.*; Domat, lib. 1, tit. X, sez. 1, n. 31. Se poi il donatario non avea azione per ottenere il compenso de' suoi servigi, se il donante non era obbligato verso di lui che a'doveri della riconoscenza, la liberalità contiene una vera donazione rimuneratoria. È da osservarsi però che la vera donazione rimuneratoria non è una donazione propriamente detta, la quale è un atto spontaneo di sua natura e dipendente dalla sola volontà del donante; ma sibbene è effetto di un debito di riconoscenza che costituisce una obbligazione naturale, *non meram donationem, verum officium quadam mercede remuneratum*, dice la l. 27, ff. *de donat.*, illustrando la quale Cujacio insegna (*Quest. Papin.*, lib. 29, coll. 911) che le donazioni veramente remuneratorie debbono essere assimilate ad una specie di permuta, secondo i principî della l. 25, § 11 ff. *de heredit. petit.*, e ne conchiude che non debbono essere soggette alla insinuazione, *quia permutationis potius sunt beneficiorum quam donationes*. Da ciò nasce che l'art. 825 non annulla le donazioni remuneratorie fatte a persone incapaci, e quindi desse non sono sottoposte alla solennità delle donazioni propriamente dette, come la necessità di un atto notariale e l'accettazione espressa, di cui è parola negli art. 855, e 862. Tanto ciò è vero, che è stata necessaria una disposizione speciale nell'art. 885 per assoggettare simili donazioni alla rivocazione per sopravvegnenza di figli. Toullier, t. 5, n. 186. Grenier, n. 188.

(1) L'antica giurisprudenza riconosceva diverse disposizioni unilaterali a causa di morte: il *testamento*, *il legato*, *il codicillo*.

I. Si definiva il testamento una giusta dichiarazione della volontà su ciò che una persona vuol che si faccia dopo la sua morte: *testamentum est voluntatis nostrae justa sententia de eo quod quis post mortem fieri velit*, l. 1, ff. *qui testam. facere poss.*

Da questa definizione derivavano tre canoni fondamentali di dritto:

1.° Che la formazione del testamento essendo di dritto pubblico romano (vedi la nota 1, pag. 362) la dichiarazione della volontà con testamento non era accordata che a coloro che aveano la libera disposizione de' beni, e che non erano colpiti da incapacità civile. Quindi molte eran le cause che rendevano incapace un cittadino a far testamento, come può vedersi dal titolo delle instituta *quib. non est permiss. fac. testam*; e da quello delle pandette *qui test. facere non poss.*

2.° Che la dichiarazione della volontà dovendo esser giusta, doveano essere osservate le formalità prescritte dalla legge. La parola *giusto* significava un atto solenne, e tal era un testamento. Le solennità erano *estrinseche* ed *intrinseche*. Senza fermarci qui alle formalità *estrinseche* che erano richieste per assicurare la validità dell'atto, onde non essere alterato o falsificato, qui diciamo che la sola formalità intrinseca richiesta pel testamento era la *instituzione dell'erede*. Essa unicamente costituiva il principio e la base di tutto il testamento; in guisa che, se vi era viziosa e omessa, l'atto era nullo e di niun effetto; § 34, Inst. *de legatis*.

3.° Che la disposizione testamentaria dovea comprendere la universalità de'beni, poichè l'erede istituito dovea rappresentare il defunto in tutt'i suoi dritti ed in tutte le sue obbligazioni. Quindi il canone che *niuno poteva morire parte testato e parte intestato*, l. 7, ff. *de reg. jur.*, ed in conseguenza di questa massima, se uno era istituto erede per cento scudi, senza che veniva nominato un altro erede per raccogliere gli altri beni ereditari, il primo raccoglieva tutt'i beni ereditari. Da ciò derivava l'altro canone fondamentale, che *niuno poteva morire lasciando due o più testamenti*, l. 19, C. *de test. mil.*, per la ragione,

816. In qualunque disposizione tra vivi o di ultima volontà si avranno per

---

che il testamento dovendo comprendere la universalità de'beni, il secondo rivocava il primo, nello stesso modo che una legge posteriore rivoca la precedente.

II. Il *legato* era un modo di acquistare a titolo particolare, e da Einnecio (*Inst.*tit.*de legatis*, § 602) è stato definito: *una porzione dell'eredità che il testatore toglie dalla universalità de' beni devoluti al suo erede, per conferirla a taluno in termini diretti.* La istituzione di erede non poteva farsi che con testamento ed osservate le formalità solenni; i legati erano fatti senza solennità, e potevano in conseguenza lasciarsi anche con codicilli, l. 8, § 1, 5, 6 C.*de jure codic.;* e se per la l. ult. C. *de jure cod.* i legati ond'esser validi dovean farsi coll'assistenza di cinque testimoni, la presenza di costoro era richiesta meno per la solennità che per la prova. Questa diversità tra l'eredità e'l legato era feconda di grandi conseguenze, sì per le regole del dritto di accrescere, che pel modo della rivocazione, e pel dritto di trasmissione.

III. Il codicillo era *l' espressione meno solenne dell' ultima volontà di un cittadino che moriva con testamento o intestato.* Einnecio, *Inst.* tit. *de codic.*, § 680.

Fra i testamenti ed i codicilli vi era la seguente differenza: 1.° Che il testamento era una volontà solenne, ossia rivestita da tutte le formalità richieste per la validità di questo atto; e 'l codicillo non avea bisogno di alcuna solennità, bastando la presenza di cinque testimoni meno per la validità che per la prova dell'atto, § 3, *Inst. de codic.*, e l. 20, § 6, ff. *qui test. fac. poss.;* 2.° Che ove vi era un testamento, non vi erano eredi ab intestato; mentre i codicilli potevano esser fatti da una persona che moriva con testamento o senza averlo fatto, e quando il codicillo era in concorso con un testamento, chiamavasi codicillo confermato da testamento, § 1 *Inst. de codic.;* 3.° Che la base del testamento era la instituzione di erede, così che non si poteva in un codicillo fare diredazione, nè sostituzione, l. 6, pr., l. 10 ff. *de Codic.;* mentre che si poteva con un codicillo fare un legato, un fedecommesso, una donazione a causa di morte; 4.° Che potevano farsi più codicilli, purchè non contenessero disposizioni tra loro contrarie ed incompatibili, perchè il codicillo non colpiva la universalità de'beni, § 3, *Inst. de codic.* Avveniva altrimenti riguardo a'testamenti: niuno poteva morire con più testamenti; il primo veniva annullato dal posteriore.

IV. Oggi tutte queste specie di disposizioni con atto di ultima volontà sono abolite, come accennammo nella nota 1, pag. 363, e la legge non riconosce che il testamento; che anzi l' atto di ultima volontà può avere qualunque denominazione, purchè contenga le forme prescritte pe'testamenti, art. 929. Ci siamo però fermati ad esaminare il testamento de'romani, per dimostrare che il legislatore si è trovato nella necessità di definire il testamento, il quale oggi in vari punti diversifica da quello de' romani: 1.° Il testamento de' romani era l'esercizio di un dritto politico; oggi è un atto di dritto civile; 2.° Il testamento de' romani era un modo di acquistare a titolo universale, così che non potevasi morire parte testato e parte intestato, e la instituzione di erede era indispensabile per l' efficacia dell'atto: oggi il testamento è un modo di acquistare a titolo universale quando il testatore dispone della universalità de'beni; ma può essere un modo di acquistare a titolo particolare, poichè il testatore può disporre di un oggetto singolare, nè la istituzione di erede è necessaria, art. 815, 892, 928, 965; 3.° Per dritto romano non si poteva morire con due testamenti, poichè il posteriore rivocava l' anteriore: oggi si può morire con più testamenti, ed il posteriore non rivoca l' anteriore che quando vi è incompatibilità tra i testamenti, art. 991; 4.° Per dritto romano il testamento non poteva esser rivocato che da un altro testamento, poichè gli atti solenni doveano rivocarsi con atti solenni: oggi il testamento può esser rivocato con un atto autentico, art. 990.

Passiam'ora ad esaminare la natura del testamento, secondo la definizione dell'art. 815: 1.° *Il testamento è un atto col quale il testatore dispone.* La parola *atto* energicamente esprime che il testamento dev'essere l' espressione della volontà *di una sola persona*, che l'atto sia personale del testatore. La legge vuole che la volontà di colui che con la disposizione testamentaria inverte o modifica l' ordine della successione legittima, sia libera, spontanea, lontana dall'altrui influenza. Da ciò nasce che il così detto testamento congiuntivo o scambievole è nullo, art. 893, e che la donna maritata non dev' essere autorizzata dal marito per potere disporre de'beni, art. 215.

Non bisogna impertanto credere che il testatore non possa giovarsi de' lumi di un consulente. Egli può comunicare i pensieri ad un avvocato e farsi stendere la minuta del testamento, ed il testamento non sarebbe nullo, se si trovasse la minuta scritta di proprio pugno dello stesso legatario. Imperciocchè il testatore rende proprio il testamento, scrivendolo di proprio pugno in forma olografa, o pure dettandolo ad un notajo, se vuole renderlo in forma pubblica, o presentandolo a' testimoni nel caso voglia dargli la forma mistica. Rep. di Merlin. v. *suggestion*; Grenier, *donations*, n. 244; Toullier, t. 5, n. 347. Duranton, t. 9, n. 8.

non iscritte le condizioni impossibili, e quelle che sono contrarie alle leggi o al buon costume. (1). V. gli art. 7 e 1125.

CAPITOLO II.

Della capacità di disporre o di ricevere per donazione tra vivi, o per testamento.

817. Perchè taluno possa far donazione tra vivi o testamento, è necessa-

---

Lo stesso dicasi se il legatario interviene nel testamento ed accetta il legato. L'atto non potrebbe annullarsi, poichè non lascia di essere l'opera della volontà libera del testatore e sempre rivocabile: *utile per inutile non vitiatur:* Grenier, *donations*, n. 13 *bis;* Toullier, t. 5, n. 352; Duranton, t. 8, n. 11 e 12.

2.° Il testatore *dispone* col testamento *pel tempo in cui à cessato di vivere e che à la facolta di rivocare.* Queste parole dell'art. 815 presentano le caratteristiche differenziali tra le donazioni tra vivi ed i testamenti. Colla donazione tra vivi il donante dona attualmente: col testamento il donante dona pel tempo in cui avrà cessato di vivere. Colla donazione tra vivi il donante si spoglia attualmente: col testamento non si spoglia, ma priva soltanto i suoi eredi legittimi. La donazione tra vivi è irrevocabile: il testamento è rivocabile, poichè concede semplici speranze agli eredi istituiti, e la volontà dell'uomo è ambulatoria fino alla morte, l. 4, §. *de adim. leg.* Colla donazione tra vivi il donante spogliandosi attualmente, non può donare che beni presenti, art. 867, e solo per contratto di matrimonio può donare beni futuri, art. 1038: col testamento si può disporre di beni che nell'atto della sua confezione non si posseggono. La donazione tra vivi è perfetta col consenso espresso del donatario, art. 862: il testamento emana dalla sola volontà del testatore, e se il legatario muore prima di averlo accettato, trasmette il suo dritto all'erede, art. 698 e 968.

3.° Col testamento il testatore dispone *di tutti o di parte de' suoi beni*, e quindi può essere un modo di trasmissione universale, a titolo universale o a titolo particolare, art. 928.

(1) Tanto le disposizioni testamentarie che le donazioni tra vivi possono essere accompagnate dalle condizioni che il donante giudica a proposito. Le condizioni debbono eseguirsi, poichè il donante à legato la sua volontà a questo adempimento. La non esecuzione delle condizioni autorizza la rivocazione delle donazioni tra vivi e testamentarie; art. 878, 995, 996 e 1001.

Ciò per le condizioni lecite. Ma vi sono delle condizioni che la legge reputa non iscritte, e delle quali l'inadempimento non pregiudica alla validità delle donazioni.

L'art. 816 stabilisce che le condizioni impossibili e quelle contrarie alle leggi o al buon costume si reputano non iscritte sì nelle donazioni tra vivi che ne' testamenti. Il dritto romano reputava come non iscritte simili condizioni soltanto nelle istituzioni di erede, nei legati e ne' fedecommessi, l. 5, ff. *de condit. et demonstr.*, l. 14, ff. *de condi instit*, § 2, Inst. *de hered inst.;* ma viziavano le convenzioni e le stipulazioni, l. 137, § 6 ff. *de verb. oblig.*, l. 31, ff. *de obl. et act.* Il codice adunque estende alle donazioni il principio che il dritto romano avea applicato a' soli testamenti, e questa disposizione trovasi in discordanza coll'art. 1125, poichè la donazione essendo un contratto, secondo il citato art. 1125 qualunque condizione di una cosa impossibile, o contraria a' buoni costumi, o proibita dalla legge, è nulla e rende nulla la convenzione che ne dipende. I dotti quindi fan voti per la riforma dell'art. 816. Maleville sull'art. 900 (816); Toullier, t. 5, n. 243 a 247; Duranton, t. 8, n. 102 a 110.

Per reputarsi *impossibile* la condizione, bisogna che le leggi di natura si oppongano alla sua esecuzione, per esempio, *si coelum digito tetigeris*; § 11, Inst. *de inutil stipulat.*

Le condizioni contrarie alle *leggi* si reputano anche come non iscritte, perchè moralmente impossibili. Sotto la denominazione di condizioni contrarie alle *leggi* si annoverano non solo le condizioni contrarie alle leggi che contengono sanzioni penali, ma anche quelle che attentassero alle disposizioni del dritto civile che garantiscono l'ordine pubblico: tali sarebbero le condizioni di rinunziare a fare un testamento l. 15 C. *de pactis*, o ad una successione non aperta, art. 708 e 1184, che il padre rinunci alla patria potestà o all'amministrazione de' beni del figlio, che Tizio rimanga in comunione di beni con Cajo, art. 734, 1342, 1343. Ma non sarebbe contraria alla legge una condizione imposta al donatario o legatario di rinunziare ad un dritto acquistato puramente pecuniario; per esempio, non è

47

rio che sia sano di mente (1).

contraria alla legge la condizione di rinunciare ad una successione scaduta, ad un conto di tutela. Grenier, *donations*, n. 153; Toullier, t. 5, n. 269; Duranton, t. 8, n. 145.

Condizioni contrarie al buon costume. Debbono intendersi per condizioni contrarie al buon costume quelle non solo che oltraggiassero la pubblica onestà e decenza, ma quelle che tendessero direttamente a distruggere la libertà delle persone e delle azioni, non che a coartare la coscienza religiosa. Sarebbe impossibile fare una enumerazione di condizioni contrarie al buon costume, le quali sono sempre una dipendenza delle circostanze e delle idee dominanti del tempo. I dottori si fermano più da vicino ad esaminare le condizioni relative a' matrimonî, le quali ànno moltissima influenza su' pubblici costumi. Merlin rep., v. *condition* e *viduité*, e Toullier, t. 5, n. 248 e seg. offrono per guida a' tribunali le leggi romane per giudicare sulla validità di una clausola concernente il matrimonio. Or secondo la legislazione romana si considerava come non iscritta la condizione di non maritarsi, essendo nell'interesse dello stato di favorire i matrimonî; come anche si considerava come non iscritta la condizione imposta al padre di non maritare sua figlia; l. 3, C. *de ind. viduit. toll.*, ll. 27, 72, § 4 e 5, 79, § ultim., 100, *de condict. et demonstr.*, l. 63, § 1, ff. *ad senat. cons. trebell.* — Se la condizione di non maritarsi invece di essere assoluta, era limitata ad una o più persone designate, era valida, l. *cum ita* 63, § *in principio* ff. *de cond. et demostr.*; a meno che le leggi dell'onore e della coscienza non ingiungessero al donatario di sposare, per riparare il torto da lui fatto alla riputazione di questa persona — La condizione poi di maritarsi dovea eseguirsi, anche se il disponente avesse designata la persona con la quale dovea il legatario unirsi in matrimonio, a meno che non fosse di disonesti costumi o in posizione tale da rendere disconvenevole il matrimonio, l. *cum ita* 63, § *viveamus* ff. *de condict. et demostr.*

Circa alle condizione di *non rimaritarsi*, dopo talune variazioni da Giustiniano rammentate nella sua novella 22, cap. 23, questa condizione avea finito per essere riguardata come lecitamente imposta, e ciò pur anco fu giudicato dalla corte di Cassazione di Parigi con arresto del 20 gennajo 1806 sulle conclusioni di Merlin, riferito nell'art. *viduité*; e Toullier, t. 5, n. 259 e Duranton, t. 8, n. 127 e seg. ne conchiudono che sotto l'impero del codice la condizione di non rimaritarsi debbe riguardarsi come lecita. Presso di noi si può aggiungere che dal decreto degli 11 marzo 1839 si desume di doversi considerare come lecita la condizione di *non rimaritarsi*. Questo decreto è così espresso. « Sorto il dubbio se un vedovo o una vedova contraendo matrimonio solo ecclesiasticamente possa conservare il godimento di que' diritti che per *disposizione di legge*, o » *per convenzione*, *o per altro motivo sono o possono essere conceduti allo stato vedovile* — Abbiamo risoluto di *decretare* quanto segue — Art. 1. I vedovi e le vedove che » contraggono matrimonio solo ecclesiasticamente, non possono conservare il godimento » di alcun dritto o vantaggio che per disposizione di legge, per convenzione qualunque, o » per beneficenza del primo conjuge *sia conceduto allo stato vedovile, o da quello condizionato* ». — Dunque la condizione dello *stato vedovile* è riconosciuta lecita dal legislatore, altrimenti non avrebbe disposto che un dritto *condizionato allo stato vedovile* si perda anche col passaggio a seconde nozze solamente ecclesiastiche.

Il codice guarda il silenzio sulle condizioni *inette* o *derisorie*. Marciano nella l. 14, ff. *de condit. inst.* decide che le condizioni derisorie ne' testamenti *pro non scriptis habentur*, e bisogna oggi applicare lo stesso principio alle condizioni inette o derisorie apposte nelle donazioni. Così sono inette e derisorie, dice lo stesso Giureconsulto nella l. 113, § 5, ff. *de legat.* 1, ed Ulpiano nella l. 14, § 5, ff. *de relig. et sumpt. funer.*, quelle di sotterrare gli abiti, gli ornamenti del defunto, o di gettare la sua spoglia mortale in mare (*). Bisogna per altro osservare che condizioni di tal natura, secondo le circostanze, fanno nascere un forte sospetto di demenza contro il testatore. Toullier, t. 6, n. 490.

(1) Per bene comprendere la importante disposizione di questo art. è indispensabile di esporne la genesi e la discussione avvenuta nel consiglio di stato di Francia.

Il progetto dell'art. in esame era così concepito:

» Per fare una donazione tra vivi o un testamento, bisogna essere sano di mente.

» Questi atti non potranno essere impugnati per causa di demenza, che ne' casi e nel » modo prescritti dall'art. 17 del titolo *della maggior età e della interdizione* (504 *del codice civile*, 427 *leg. civ.*)

Messo a discussione questo art., il processo verbale si esprime così;

» Il console Cambacérès pensa che la seconda parte di questo articolo presenta una disposizione troppo assoluta.

» Tronchet aggiunge, che l'art. 17 del titolo *dell'interdizione*, al quale si rinvia, è trop-

(*) Vedi Gotofredo, sulla l. 14, § 5, ff. *de religiosis et sumpt. funer.*

818. Qualunque persona può disporre e ricevere per donazione tra vi-

» po ristretto. Desso non ammette le famiglie a far valere le cause di demenza che quan-
» do l'interdizione è stata provocata in vita dell'autore degli atti impugnati; ma la fami-
» glia, sperando il ristabilimento di un parente in demenza, differisce sovente, per questa
» speranza, di provocare la sua interdizione.

» Cambacérès dice, che la prima parte dell'art. provvede a tutto. La demenza è un fat-
» to, e la legge ne determina le pruove. La seconda parte dell'art. avrà gl'inconvenienti
» di cui à parlato Tronchet; ed inoltre, essendo disfavorevole agli eredi, contrarierebbe
» lo spirito generale della legislazione, che tende a favorirli.

» Muraire teme, se la seconda parte dell'art. è soppressa, che i tribunali non riguarda-
» no l'art. 17 del titolo *dell'interdizione* (504 cod. civ., uniforme all'art. 427, *leg. civ.*)
» come una regola assoluta e dalla quale non sia loro permesso di allontanarsi, anche in
» materia di donazioni o testamenti.

» Tronchet dice, che il favore dovuto agli eredi non deve portarsi fino a fare ammet-
» tere troppo leggermente i loro reclami. Si può sempre loro rimproverare un poco d'in-
» differenza per gl'interessi del loro parente, allorchè non ànno provocato la sua interdi-
» zione. Così quando, dopo la sua morte, ecceppiranno la sua demenza, si risponderà lo-
» ro: *sero accusas mores quas probasti*. Converrebbe dunque non ascoltarli che quando
» vi fosse, sul fatto della demenza, un principio di pruova per iscritto che potrebbe al più
» esser preso dall'atto impugnato. Ciò menerebbe a riformare l'art. 17 del titolo *dell'in-
» terdizione*.

» Cambacérès pensa, che bisogna dare una grande latitudine alla pruova, e non restrin-
» gerla con delle condizioni che delle volte escludono l'evidenza. Un individuo può aver
» conservato la sua ragione fino ad un'epoca vicinissima alla donazione o al testamento;
» ed allora diviene impossibile di provare la demenza, se non può esserlo, che secondo il
» modo indicato da Tronchet. La prima parte dell'art. contiene una regola semplice che
» basta: il resto dev'essere abbandonato a'tribunali.

» Tronchet dice, che non vi à pericolo attenersi alla prima parte dell'art. a riguardo di
» un donante, perchè, sorvivendo alla donazione, la sua demenza può esser verificata; ma
» che se si ammetterà ogni sorta di pruove contro un testatore che non è più, la sorte del
» testamento dipenderà dalla testimonianza incertissima di un custode o di alcuni dome-
» stici.

» Emmery dice che l'art. 17 del titolo *dell'interdizione* non concerne nè le donazioni
» nè i testamenti.

» *La prima parte dell'art. è adottata; la seconda aggiornata fin dopo un nuovo esame
» dell'art.* 17 *del titolo dell'interdizione* » — Locré 5, p. 199 e 200, n. 21 e 22.

Da questa discussione si scorge che la sezione di legislazione riconosceva che l'art. 504 del codice, uniforme all'427 delle nostre *leggi civili* era da se medesimo inapplicabile alle donazioni tra vivi ed a'testamenti, e che una disposizione speciale era necessaria per renderla comune a questi atti. Ma tra tutt'i membri del consiglio di Stato i quali favellarono sull'addizione dell'art. in esame, non avvene un solo che non l'abbia combattuta; e che accordaronsi a riconoscere che l'art 427 non comprendeva nella sua disposizione nè le donazioni, nè i testamenti; che tal fu assegnatamente il parere di Emmery, compilatore e relatore dello stesso art. 427; e che il consiglio non trovò dissentimento che pel genere di pruova la quale potrebb'essere impiegata per istabilire la demenza del testatore morto *integri status;* che la discussione di questa difficoltà particolare venne differita fino ad un nuovo esame dell'art. 427, e che il nuovo esame non avendo avuto luogo, quest'addizione non fu più riprodotta.

Da ciò che cosa risulta? Che l'art. 427 è estraneo alle disposizioni a titolo gratuito: queste ànno la loro regola particolare nell'art. 817, regola la quale sarebbe stata inutile, ed avrebbe formato un pleonasmo nel codice, se l'intenzione del legislatore fosse stata di comprendere le disposizioni a titolo gratuito negli art. 426 e 427. Laonde, qualunque sia stata la situazione del disponente prima della disposizione, quando non vi sarebbe stata contro di lui una pronunziazione, od una provocazione d'interdizione, bisogna per giudicare della sua capacità morale, riferirsi unicamente all'istante della disposizione, astrazion fatta da tutte le altre circostanze. Quindi oggi non si mette in controversia, quantunque Malleville sull'art. 901 (817) ne avesse dubitato, che l'art. 817 contiene un'eccezione per le donazioni e testamenti all'art. 427, e che per conseguenza coloro che vogliono impugnare una donazione o un testamento possono provare con testimoni che il donante o il testatore non era sano di mente allorchè fece la donazione o il testamento, quando anche i notaj abbiano inserita nell'atto la clausola inutile che il testatore era sano di mente, poichè (come si espresse Jaubert nel rapporto al tribunato, in Locrè t. 5, p. 345, n. 9) i notaj ed i testimoni non sono i giudici della situazione della mente del testatore. I tribunali per altro debbono es-

V. l'art. 827. vi, o per testamento, eccettuate quelle che sono dalla legge dichiarate

sere assai circospetti nell'ammesione della domanda tendente a provare l'alienazione mentale; bisogna che i fatti allegati sieno pertinenti e conchiudenti. Grenier, *donations*, n. 102; Toullier, t. 5, n. 56; Merlin nelle dotte conclusioni pronunziate all'udienza della Corte di Cassazione di Parigi nel dì 22 novembre 1810, nel rep., v. *testament*, sez. 1, § 1, art. 1.; Arresti della corte di Cassaz. de'22 novembre 1810, 17 marzo 1813 e 19 dicembre 1814, in Merlin, ibid; e molte altre decisioni posteriori, in Dalloz, v. *disposit. entr. vifs*, cap. 2, sez. 1.; Duranton, t. 3, n. 787, e t. 8, n. 155.

Dal principio che per poter disporre bisogna esser sano di mente, ne segue che i vizi che bastano per fare annullare i contratti per mancanza di valido consenso, bastano con più di ragione per fare annullare i testamenti, che debbono sempre emanare dalla volontà libera del testatore, e che sono frequentemente fatti in que'momenti in cui il testatore può essere più facilmente sorpreso. Questi vizi sono l'errore, il timore o la violenza, il dolo o la frode, l. 1, C. *si quis aliquem testori prohibuerit, vel coegerit*, art. 651 e 1063. Toullier, t. 5, n. 701 a 704.

Come una conseguenza dello stesso principio, la giurisprudenza considera i fatti di *captazione*, di *suggestione* e di *odio* come atti a turbare la ragione del disponente. Le liti scandalose, che sotto questo mezzo s'impugnavano anticamente molti testamenti, colpirono talmente i compilatori del codice, che proposero il seguente articolo: « La legge non ammette la pruova che la disposizione è stata fatta per *odio*, *collera*, *suggestione o captazione* ».

Il consiglio di Stato temendo d'incoraggiare la cupidigia degli *eredipeti* soppresse l'art., e l'oratore del governo si esprime all'uopo così. « La legge tace *sulla mancanza di libertà* che può risultare dal rigiro e dalla suggestione, e su'vizi di una volontà determinata dall'odio o dallo sdegno. Coloro i quali ànno intrapreso di far annullare disposizioni per simili motivi, non sono quasi mai riusciti a trovar pruove bastanti a far rigettare titoli positivi; e forse varrebbe meglio per l'utile generale che fosse esaurita questa sorgente di rovinose e scandalose liti, dichiarando che tali cause di nullità non sarebbero ammesse; ma allora le frodi e le passioni avrebbero creduto di possedere nella legge stessa un titolo d'impunità. Le circostanze possono essere tali, che la volontà di chi dispose non fu libera, o era egli interamente dominato da ingiusta passione: *la sola prudenza de'tribunali sarà quella che potrà valutare questi fatti, e bilanciare tra la fede dovuta agli atti ed il vantaggio delle famiglie. Essi impediranno che sieno queste spogliate da avide persone le quali soggiogano i moribondi, o dall'effetto di un odio che la ragione e la natura riprovano* » Locré, 5, p. 315, n. 10.

Laonde i tribunali ànno un potere discrezionale per giudicare sulla validità delle disposizioni le quali vengono impugnate per suggestione. E la giurisprudenza à ragionevolmente stabilito che non basta il chiedere vagamente di provare la suggestione per esservi ammesso: abbisogna allegare fatti concludenti, gravi, precisi e circostanziati che menano alla conseguenza di aver il dolo, l'artifizio sedotto l'animo del disponente. Imperciocchè non tutte le vie che si prendono per persuadere il testatore a fare una disposizione sono illecite. Persuadere cose giuste, od anche persuadere cose che non sono vietate, e non impiegare che vie legittime, non sarebbe il caso della nullità per suggestione. Non è un delitto il provocare l'ultima volontà di una moglie per mezzo di discorsi ne'quali regni tutta la tenerezza maritale, dice la legge ult. C. *si quis aliquem testari prohibuerit*. Il giureconsulto Papiniano nella legge 3 dello stesso titolo del digesto dice qualche cosa di somiglievole. Un marito non avea impiegato nè violenza, nè dolo per impedire a sua moglie la quale avea cambiato di volontà, di fare un codicillo a suo disvantaggio; ma avea, come di ordinario, guadagnato di nuovo il cuore della testatrice con dimostrazioni di tenerezza. Io risposi, dice il giureconsulto, ch'egli non avea commesso in ciò alcun delitto, e che non si poteva torgli, sotto questo pretesto, ciò ch'eragli stato dato mediante testamento. Anche la l. 70, ff. *de heredibus instituendis*, approva espressamente le instituzioni testamentarie che sieno provocate per mezzo di affezioni scambievoli—Che perciò la sola suggestione dolosa atta a corrompere l'animo del disponente annulla le liberalità, e la dottrina degli autori che stabilisce questa distinzione è stata confermata dalle decisioni de'tribunali. Merlin, rep., v. *suggestion*; Toullier, t. 5, n. 705 a 716; Grenier, *donations*, n. 143 a 145; Duranton, t. 8, n. 161; Decisioni de' Tribunali di Francia in Dalloz. v. *disposit. entr. vifs*, cap. 2, sez. 1, art. 3; Decisione della seconda camera della G. C. civile di Napoli del dì 20 luglio 1837, confermata dalla Corte Suprema di Giustizia con arresto del dì 15 gennajo (causa *Cianciulli ed Angiulli*).

Dicasi lo stesso delle liberalità fatte *ab irato*. Dal perchè non è passato nel codice l'art. del progetto che vietava l'azione *ab irato*, e dalle parole dell'oratore del Governo, ne conchiude Merlin, rep. v. *ab irato*, sez. 7, che il codice non proscrive in una maniera assolu

incapaci (1).

819. Il minore che non è giunto agli anni sedici, non potrà in verun mo-

ta l'azione *ab irato*;ed i Tribunali ànno deciso (Dalloz, ibid.) che l'odio e la collera non sono delle cause di nullità, se non quando esse abbiano evidentemente allontanato la ragione, o ciecamente dominato la volontà dal disponente. Che se Toullier, t. 5, n. 717, e Grenier, *donations*, n. 146 sostengono che non si può far ritornare in vigore l'azione *ab irato*, sotto pretesto che il testatore non sia sano di mente, pure convengono che se la collera e l'odio del testatore gli sono stati ispirati per mezzo di estranee e fraudolenti manovre, il testamento dovrà esser annullato per causa di suggestione e fatti capziosi.

(1) La capacità di poter disporre e quella di acquistare è l'esercizio di un dritto civile di cui non possono essere privati che coloro che sono testualmente dichiarati incapaci dalla legge. Le incapacità adunque non si possono estendere, essendo la capacità una regola di dritto comune, e la incapacità una eccezione: Rapporto di Jaubert, in Locrè 5, p. 345, n. 10—Quindi il codice à abolito le incapacità del dritto romano, e quelle che derivavano dal dritto consuetudinario, per effetto della cons. *Filiusfamilias*, tit. *de filiisfam. volentib. testari*.

Le incapacità sono *assolute* o *relative*. Le incapacità assolute impediscono di donare o di ricevere indeterminatamente in quanto ad ogni persona. Le incapacità relative si riferiscono alla qualità delle persone considerate relativamente le une a riguardo delle altre, ma che non impediscono alle persone incapaci di disporre a beneficio di qualunque altro individuo, o ricevere da esso.

Noi qui dobbiamo esaminare: 1.° Le persone che sono incapaci di disporre per donazione tra vivi o per testamento, sia in un modo assoluto, sia in un modo relativo; 2.° Le persone che sono incapaci di ricevere allo stesso titolo; 2.° Le epoche da considerarsi per la capacità di disporre, poichè per le epoche da considerarsi per la capacità di ricevere ci rimettiamo alla nota 1, pag. 378.

I.

Delle persone incapaci di disporre.

1.° Chi non è *sano di mente* non può disporre, giusta l'art. 817. L'applicazione di questo principio è stata ampiamente sviluppata nella nota precedente.

2.° *Gl'interdetti* sono incapaci di donare o di far testamento, e gli atti da essi fatti dopo pronunziata l'interdizione sono nulli di pieno dritto, art. 425. Quantunque il testamento o la donazione fosse fatto in qualche lucido intervallo, e dall'atto stesso si rilevasse di aver con senno disposto l'interdetto, l'atto è sempre nullo di pieno dritto, poichè la sentenza d'interdizione stabilisce l'incapacità. Quindi si è visto nella nota precedente, che per gli atti fatti prima dell'interdizione la pruova di non essere il disponente sano di mente spetta agli eredi legittimi: per gli atti fatti dopo pronunziata l'interdizione gli eredi legittimi non debbono fare alcuna pruova; la incapacità è stabilita dalla sentenza d'interdizione. Discorso dell'oratore del governo Emerry, sull'art. 425, in Locrè, 3, p. 472, n. 7. Merlin, rep. v. *testament*, sez. 1, § 1, art. 1; Grenier, *donations*, n. 104; Toullier, t. 5, n. 57; Duranton, t. 8, n. 154.

Per coloro poi che sono provveduti di consulente giudiziario, bisogna distinguere le donazioni tra vivi ed i testamenti. Eglino sono per gli art. 422 e 436 incapaci a donare tra vivi, perciocchè donare tra vivi è incontrastabilmente alienare; ma possono far testamento, poichè gli art. 422 e 436 non favellano che di atti tra vivi, nè pronunziano implicitamente o esplicitamente incapacità di testare. Tal è precisamente il senso nel quale l'oratore del governo Emerry, spiegossi sugli art. 422 e 436. « È possibile, egli disse, che » una persona di cui l'interdizione sarà stata domandata per causa d'imbecillità o di demenza, non comparisca essere in questo stato, ma che sia ben provato che a causa della debolezza della sua mente, o dell'ascendente di qualche passione dominante, essa » sia poco capace della direzione de'suoi affari. Allora il giudice troverebbesi imbarazzato, se la legge non gli permettesse d'impiegare un altro rimedio diverso da quello dell'interdizione. Il giudice, in somiglievole circostanza, potrà intimare la proibizione di » stare in giudizio, transigere, torre a prestito, ricevere rimborsi, alienare o ipotecare » senza l'assistenza di un consulente il quale sarà nominato dalla sentenza. Voi scorgete » la differenza notevole che intercede tra la *interdizione assoluta* ed il semplice assog-

V. gli art. 1019, 1263, 1352. do disporre; a riserva di quanto è determinato nel capitolo IX di questo titolo.

» gettamento a ricevere, in certi casi specificati, *l'assistenza di un consulente*. Coloro ai » quali dassi un consulente, non sono incapaci degli atti della vita civile; essi non possono obbligarsi contrattando, ne'casi preveduti, senza l'assistenza di un consulente; ma » in generale, sono capaci di contrattare, possono maritarsi, *possono fare un testamento*; » il che non possono gl'interdetti per causa d'imbecillità, di demenza o di furore » Locrè, 3, p. 472, n. 7 — I giureconsulti professano una uniforme dottrina. Merlin, nelle conclusioni profferite a dì 19 dicembre 1814, rep. v. *testament*, sez. 1, § 1, art. 1 n. 3: Grenier, *donations*, n. 107; Toullier, t. 5, n. 59; Duranton, t. 8, n. 167 a 170.

3.° *I condannati alla pena criminale dell'ergastolo* sono incapaci di donare e di far testamento, art. 16, *leg. pen.* Il testamento da essi fatto durante la condanna è nullo, ancorchè morissero in epoca in cui ànno ricuperato l'esercizio de'dritti civili, perciocchè vedremo nel § 3 di questa nota, che per esser valido il testamento bisogna esser capace non solo all'epoca della morte, ma anche a quella della confezione del testamento - Il *condannato a morte* può disporre con atto tra vivi o di ultima volontà, come accennammo nella nota 1, pag. 12 a 14, n. IV—In quanto alle condanne in contumacia, vedi gli art. 30 a 34.

I condannati alle pene de'ferri e della reclusione, non possono donare con atto tra vivi durante la pena, perchè si trovano colpiti da interdizione, art. 17, *leg. pen.* Ma possono fare testamento, per la ragione indicata nella pag. 376, n. *Secondo*.

4.° *I religiosi professi* sono incapaci di disporre per donazione o per testamento. L'ultima giurisprudenza estende le medesime disposizioni a'*religiosi secolarizzati:* vedi la nota 2, pag. 251 a 253.

5.° *I sordi-muti* sono incapaci di far testamento quando non sappiano scrivere, perciocchè per essere valido il testamento dev' essere accompagnato dalle formalità prescritte pe'testamenti olografi, pubblici o mistici. Or il testamento olografo, dev'essere scritto datato e sottoscritto dal testatore, art. 893, e quindi il sordo-muto che non sappia scrivere, non può testare con un testamento olografo (*). Lo stesso dicasi pe'testamenti mistici, art. 905. Evidentemente poi il sordo-muto che anche sappia scrivere non può adottare la forma del testamento pubblico, perchè non può dettare, nè sentire la lettura del testamento, formalità richieste dagli art. 896 e 897 per la validità del testamento pubblico.

In quanto alle donazioni tra vivi, l'art. 860 stabilisce che il sordo-muto il quale sappia o no scrivere può ricevere una donazione, ma non risolve se il sordo-muto possa donare. Sembra però incontrastabile a Merlin, rep. v. *sourd-muet*, n. 3, che il sordo-muto il quale non sappia scrivere, non possa fare donazione tra vivi, poichè, egli dice, l'art. 860 dichiarandolo incapace di figurare personalmente in una donazione come donatario, viene riputato con maggior ragione, incapace di figurarvi come donatore; ed è sensibile che non si possa destinargli un curatore ad oggetto di donare, come può destinargliesene ad oggetto di ricevere. Noi però crediamo di doversi fare una distinzione tra le donazioni d'immobili e quelle di mobile. Le prime dovendo farsi con atto innanzi notajo e con le forme degli art. 855, 860 e seg., il sordo-muto non può donare, perchè non gli si può destinare un curatore a questo atto. Ma per le donazioni dei mobili, per le quali non vi è necessità di ridurle in iscritto, come ne conviene Merlin alla v. *donation*, sez. 2, § 7, pare che il sordo-muto possa manifestare con segni la sua volontà con la tradizione che fa dell'oggetto nelle mani del donatario: la donazione è consumata con la tradizione.

Quanto al sordo-muto che sa scrivere, nessuna legge lo dichiara espressamente o implicitamente incapace di donare: egli ne à dunque la capacità. Questa conseguenza è, osserva bene Merlin, rep. v. *sourd-muet*, n. 3, letteralmente scritta nell'art. 818. Niente gli impedisce di fatti di manifestare la sua volontà innanzi al notaio ed a' testimoni, potendo scrivere innanzi a loro le sue intenzioni.

6.° *I falliti* sono incapaci di donare con atto tra vivi, poichè sono spogliati dell'amministrazione del loro patrimonio, art. 434 e 436 *leg. di eccezione*. Eglino però non sono interdetti della facoltà di testare, poichè la incapacità degli atti tra vivi non si può estendere a quelli per causa di morte.

7.° *I minori* sono incapaci di disporre nel modo indicato dagli art. 819 e 820. Vedi la nota 1, pag. 376 e seg. Ed è da notarsi che il maggiore che non abbia compito 25 anni non può, se abbia il padre, donare, senza il costui consenso, con atto tra vivi i beni, di cui è parola nell'art. 295.

8.° *Le donne maritate* non possono donare con atto tra vivi senza essere autorizzate; ma possono far testamento senza autorizzazione: art. 821, e 215.

9.° *Gli stranieri* sono incapaci di disporre, se la nazione cui essi appartengono non accordi simile dritto a'nazionali; art. 9, n. 1, e nota 3, pag. 6.

(*) Merlin, rep., v. *sourd-muet*, n. 3; Toullier, t. 5, n. 477; Grenier n. 284.

II.

Delle persone incapaci di ricevere.

Qui ci limitiamo ad enumerare le persone incapaci di ricevere, rinviando per i sviluppamenti nelle note agli art. seguenti:

Sono incapaci adunque:

1.° Il donatario che non è conceputo al tempo della donazione, ed il legatario al tempo della morte del testatore: art. 822.

2.° I condannati alla pena dell'ergastolo, art. 16, *leg. pen.*

3.° I religiosi professi, e secondo l'ultima giurisprudenza anche i religiosi secolarizzati: vedi la nota 2, pag. 251 a 253.

4.° Lo straniero, art. 828.

5.° I figli naturali, i quali non possono ricevere dal padre più della quota stabilita nel titolo *delle successioni,* art. 824. I figli nati da condannate unioni sono incapaci di ricevere da'genitori oltre gli alimenti, art. 628 e 824.

6.° Il tutore è incapace di ricevere dal suo pupillo, art. 823.

7.° Il padre è incapace di ricevere una donazione tra vivi dal figlio maggiore, ma minore di 25 anni, de'beni non acquistati colla propria industria. Vedi la nota all'art. 823.

8.° I medici, farmacisti, ufiziali, di sanità, avvocati, ministri del culto sono incapaci ricevere da colui cui ànno prestato il loro ministero nel tempo dell'ultima malattia, art. 825.

9.° I notaj sono incapaci di ricevere disposizioni a loro favore, salvo che la disposizione si trovi in un atto di ultima volontà non iscritto dal notajo ed a lui consegnato chiuso; art. 8, *leg. sul notariato* de'23 novembre 1819.

10. Le donne maritate non possono ricevere una donazione tra vivi o una successione senza l'autorità del marito o del giudice, art. 206, 693 e 858.

11. I corpi morali non possono ricevere senza l'autorizzazione del governo, art. 826.

12. Il consulente è incapace di ricevere una donazione tra vivi dal prodigo, poichè il prodigo per potere fare un atto di liberalità dovendo essere assistito dal consulente, vi si opporrebbe la regola, *nemo in negotio suo potest esse auctor.* Può ricevere bensì un legato, perchè il prodigo può far testamento da se solo, come osservammo nella nota alla pag. 373 in fine.

13. Il conjuge è incapace di ricevere dall'altro conjuge più della quota di quel figlio legittimo nato da un precedente matrimonio del disponente, e che prenderà il meno, art 1052.

Le incapacità di disporre e di ricevere sono pronunziate nell'interesse degli eredi legittimi. Costoro quindi possono rinunciarvi espressamente, o tacitamente, dando esecuzione alla disposizione fatta dall'incapace; Merlin, rep. 4 ediz. v. *testament.* sez. 2, § 5, n. 1; Grenier, n. 325.

III.

Dell' epoca da considerarsi per la capacità di disporre.

Il codice passa sotto silenzio l'epoca della capacità di disporre, e questa laguna rimarcata da Maleville è tanto più sorprendente, in quanto che il dritto romano conteneva in questa materia molte disposizioni che aveano menato gl'interpetri a delle sottigliezze inestrigabili, che facevano sentire il bisogno di regole positive — Nulladimeno i giureconsulti moderni ànno avuto la cura di stabilire regole esatte ricavate da' principî della moderna legislazione, sì per la epoca da considerarsi per la capacità di donare, che per quella di testare.

Primo—Epoca da considerarsi per la capacità del donante con atto tra vivi—La donazione tra vivi produce un effetto immediato ed irrevocabile, e per conseguente il donante dev'essere capace nel tempo in cui la donazione riceve la sua perfezione. Quindi se la donazione e l'accettazione sono simultanee, il donante dev'esser capace nell'epoca della donazione, poichè la donazione è perfetta col consenso delle due parti, art. 856 e 862. Ma se l'accettazione viene fatta con atto separato, il donante dev'essere capace al tempo della donazione non solo, ma anche a quello dall'accettazione, la quale perfeziona l'atto; così che se all' epoca dell' accettazione del donatario, il donante trovasi colpito da interdizione o da condanna portante la privazione de'dritti civili, la donazione è nulla. Fin qui convengono Grenier, *donations,* n. 138; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 99; Duranton, t. 8, n. 165,

V. gli art. 829, 831 e 832. fino alla concorrenza solamente della metà de' beni che la legge permette di disporre al maggiore (1).

---

e Toullier, t. 5, n. 96 e 213—Ma Grenier e Duranton disconvengono sul punto se sia sufficiente la capacità del donante all'epoca dell'accettazione, o pure sia richiesta la capacità del donante anche all' epoca della notificazione della donazione, a'termini dell'art. 856. Grenier, n. 138 bis sostiene che nel caso in cui dopo l' accettazione fosse sopraggiunta una incapacità in persona del donante, eccettochè una incapacità di dritto risultante dalla privazione de' dritti civili, la notificazione potrebbe farsi utilmente a coloro che avessero l' incarico di assistere l'incapace; e ne dà per motivo, che la notificazione la quale è una formalità richiesta per la prima volta dal codice civile, à un solo scopo, ch'è di far conoscere al donante l'esistenza legale del contratto ed avvertirlo di essere vincolato: questa esistenza legale è indipendente dalla notificazione. Duranton, t. 8, n. 164, 420 e 421 impugna ragionevolmente questa dottrina come contraria al testo dell' art. 856, secondo il quale la donazione non à effetto relativamente al donante, se non dal giorno in cui gli *sarà notificato l'atto che comproverà l'accettazione:* ciò è a dire, che la donazione riceve la sua perfezione da questo momento. Tanto ciò è vero, che Grenier conviene che se il donante muore o perde i dritti civili prima della notificazione, l'accettazione non potrebbe notificarsi agli eredi del donante: lo stesso dunque deve dirsi nel caso in cui il donante prima della notificazione diviene incapace per interdizione. È questa anche la dottrina di Toullier, t. 5, n. 213.

Secondo—Epoche da considerarsi per la capacità del testatore. Per esser valido il testamento, sono da considerarsi l'epoca del testamento e quella della morte.

1.° Che il testatore abbia la capacità civile e naturale al tempo in cui fa il testamento, è una condizione senza della quale il testamento è nullo, poichè la incapacità del testatore al tempo in cui fa il testamento rende la disposizione di sua natura invalida, quantunque l'incapacità fosse cessata prima della morte; § 1. *Inst. quibus non est permiss. facere testamentum.* In questa materia si applicano le note regole di dritto, *qui in eam causam pervenerunt, a qua incipere non poterant, pro non scriptis habentur*, l. 3, § ult. ff. *de his quae pro non scrip.;* e l'altra *quia in eum casum res pervenit a quo incipere non potest*, l. 19. ff. *ad leg. aquil.* Domat, parte 2, lib. 3, tit. 1, sez. 2, n. 2; Maleville, in prosieguo dell'art. 912 del cod. francese; Grenier, *donations*, n. 139, Toullier, t. 5, n. 88; Duranton, t. 8, n. 162, 175, 188.

2.° Il testatore dev'essere altresì capace al tempo della morte, poichè è a quell' istante che il testamento riceve la sua perfezione, l. 8, § 1, ff. *qui testam. facere poss.* e l. 1, § 8, ff. *de bonor. poss. secund. tabul.* — Bisogna però distinguere la incapacità che deriva dalla perdità de' dritti civili, dalla incapacità che deriva da altra causa. La incapacità che deriva dalla perdita de' dritti civili, rende nullo il testamento, quantunque fatto in epoca anteriore alla pronunziata incapacità, poichè il testamento riportandosi all' epoca della morte, non può avere una forza che non avrebbe se il testatore lo avesse fatto un istante prima di morire; § 4, *Inst. quib. mod. testam. inf.*, art. 16, *leg. pen.* e nota 1, pag. 12 e seg. — Se la incapacità deriva da altra causa, non annullerebbe il testamento, quantunque sia massima che per potere in valido modo testare, bisogna aver dritto di farlo al.'istante in cui si testa ed all'istante della morte. In effetti il testamento fatto da un uomo sano e che muore nello stato d'interdizione, è valido, poichè il testatore avea a morte sua, malgrado la demenza, il dritto di testare, e soltanto era privo dell' esercizio del dritto; ma nel tempo in cui l'esercitò, era capace di esercitarlo, perchè era sano di mente. Ecco perchè nel dritto romano, era stabilita la regola, che il testamento fatto da una persona sana di mente era valido, benchè il testatore morisse dipoi in istato di demenza, § 1, *inst. quib. non est permiss. facere testam.;* Domat, parte 2, lib. 3, tit. 1, sez. 2, n. 2 e 16; Grenier, *donations*, n. 105, 139 e 141; Toullier, t. 5, n. 57 e 87; Duranton, t. 8, n. 162 e 173 — È una conseguenza di questi principî che il testamento fatto prima della condanna da un individuo che muore condannato alla pena de'ferri o della reclusione è valido, poichè per l' art. 17 delle *leg. pen.* queste condanne non producono la privazione di dritti civili, ma la privazione dell'esercizio de'dritti. Quindi ciò che si è detto del testamento fatto dall'uomo sano e che muore nello stato d' interdizione, si applica al testamento fatta da un individuo quando avea la capacità di farlo, e che di poi muore nello stato di condannato alle pene che producono interdizione dall' esercizio de'dritti civili. L'art. 17 delle *leg. pen.* si riferisce unicamente all' amministrazione de'beni, e non già alla facoltà di testare.

(1) Si è accennato nella nota alla pag. 374 n. 7, che i minori sono incapaci di disporre con una distinzione che gli art. 819 e 820 stabiliscono fra le donazioni tra vivi e fra i testamenti. Il minore è incapace di donare con atto tra vivi, perchè è incapace di alienare,

821. La donna maritata non potrà far donazione tra vivi senza l'assistenza o il consenso speciale del marito, ovvero senza l'autorizzazione giudiziale, secondo le regole stabilite nel titolo *del matrimonio*. V. gli art. 206, 208, 210, 211, 213 858, 1368, 1369, 1379.

822. Per essere capace di ricevere un atto di donazione fra vivi, basta l'essere conceputo nel momento della donazione.

---

come anche il suo rappresentante, art. 373, 380; e l'art. 819 stabilisce una eccezione per le donazioni che il minore, quantunque dell'età meno di 16 anni, facesse al futuro conjuge coll'assistenza delle persone il cui consenso è richiesto per la validità del matrimonio, art. 819, 1049, 1263 e 1352. Questa eccezione è l'applicazione della massima, *habilis ad nuptias, habilis ad matrimonii consequentias*.

Ma questa eccezione, che ripete il suo principio dall'idea di facilitare i matrimoni, si può estendere alle donazioni che il minore durante il matrimonio facesse al suo conjuge? Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 11 sostiene l'affermativa, pel motivo che le donazioni fra conjugi essendo rivocabili, art. 1050, il minore non si spoglia effettivamente, priva soltanto i suoi eredi, come lo farebbe con un legato; e perciò conchiude che il minore giunto agli anni sedici può durante il matrimonio donare al conjuge sino alla concorrenza della metà dei beni che la legge permette di disporre al maggiore, nello stesso modo che potrebbe per l'art. 820 disporre per testamento. Ma Toullier, t. 5, n. 925, Grenier, *donations*, n. 461, e Duranton, t. 8, n. 184 sono di contraria opinione, si perchè la eccezione stabilita dall'art. 819 riguarda soltanto le donazioni che si fanno per contratto di matrimonio al futuro sposo, e non riguarda quelle che si fanno durante il matrimonio; si perchè conchiuso il matrimonio, il motivo della eccezione non sussiste più, e la legge vuole che il minore giunto a sedici anni possa soltanto disporre di parte de' suoi beni con una disposizione fatta nella forma de' testamenti. In questo senso fu giudicato dalla corte di appello di Parigi, nel 10 novembre 1820, Sirey, 24, 2, 351.

II. In quanto alle disposizioni testamentarie, il dritto romano richiedeva per testare l'età di 14 anni pe' maschi, e di 12 per le femmine, perciocchè, secondo i principî di quel dritto, era allora che si esciva di tutela e che si deveniva *sui juris*; § 1, *Inst. quib. non est permiss. fac. testam.* I figli e le figlie di famiglia sotto la potestà paterna non potevano testare, l. 16 e 19, ff. *qui testam. facere poss.* Eranvi però due specie di beni riguardo ai quali il figlio di famiglia veniva considerato dalle leggi romane come padre di famiglia, e per conseguente capace di testare; eran questi il peculio *castrense* e 'l peculio *quasi castrense*, l. 6, ff. e l. ult. C. *qui testam. facere poss.* E per ciò che riguardava il peculio *avventizio*, il figlio di famiglia, quantunque ne avesse la piena proprietà, Giustiniano con la l. *pen.*, C. *qui testam. facere poss.* risolse, che il figlio di famiglia non poteva testarne, perchè la legge non lo considerava in questo caso come padre di famiglia.

Pel dritto comune del regno si osservava il dritto romano: ved. de Franchis, dec. 546, n. 5; ed il dritto consuetudinario napoletano non portò alcuna innovazione al dritto romano in quanto alla età richiesta per potere coloro ch'erano *sui juris* far testamento. Ma pe' figli di famiglia sotto la potestà del padre, la consuetudine *filiusfamilias*, titolo *de filiisfam. volentibus testari* determinò che i figli di famiglia potevano far testamento e disporre de' beni pervenuti loro dalla madre o da altri congiunti materni, lasciando però la legittima al padre, o agli altri ascendenti, i quali avessero tal dritto. Vietavasi loro di disporre degli altri beni *avventizi*, circa i quali si stabiliva la osservanza del dritto comune. *Filius familias*, diceva la consuetudine, *et filiafamilias possunt de bonis adventitiis tantum sibi a matre praemortua, vel aliis ex linea materna obvenientibus, testari, ac si pater, vel mater familias essent; ita quod non teneatur aliquid patri, vel avo paterno, vel alii, qui sit in linea ascendente paterna relinquere, si nolit, salvo debito bonorum subsidio. In aliis bonis adventitiis, et undecumque sibi obvenientibus jura comunia observantur* — E Napodano su detta consuetudine osservò che per dritto comune, *jura comunia*, doveasi intendere il *dritto romano*, da cui era proibito a' figli di famiglia la disposizione de' beni che non erano *castrensi* o *quasi castrensi;* non già il dritto *Longobardo*, il quale indipendentemente da ogni patria potestà accordava a' figli di famiglia la facoltà di disporre di tutti i beni, qualunque ne fosse la pervenienza, siccome notò Andrea di Bari nel comento alle leggi Longobarde.

Per conoscere qual era l'obbligo della legittima a favore degli ascendenti, vedi la nota alla pag. 390 e 391.

III. Secondo i principî della moderna legislazione, il dritto romano e le patrie consuetudini sono abrogate per ciò che riguarda la facoltà di testare del figlio di famiglia. Oggi che la maggior età emancipa *ipso jure* il figlio dalla patria potestà, art. 411, è una conseguenza di questo principio e degli art. 818 e 820, che il figlio giunto agli anni 21 può

V. gli art. 994, e 998. Per esser capace di ricevere con testamento, basta l'essere conceputo all'epoca della morte del testatore.

V. gli art. 1003, 1004, 1038. Sono eccettuate da questa regola le persone contemplate nelle sostituzioni fedecommessarie ne' casi permessi particolamente dalla legge.

V. l'art. 641. Ciò non ostante non potranno avere effetto nè la donazione nè il testamento, se il fanciullo non sia nato vitale (1).

---

liberamente esercitare il dritto di testare. Ed in quanto al minore, la legge à considerato che colui che dispone della sua fortuna deve pure essere pervenuto all'età, in cui possa avere la riflessione e le cognizioni proprie a dirigersi.

Nello stato attuale della civilizzazione, un minore à ricevuto prima di sedici anni una sufficiente istruzione per essere attaccato a'suoi doveri verso i parenti suoi. La volontà del minore giunto a sedici anni può avere acquistato una maturità bastante, perchè a questo riguardo sia padrone non della totalità de'suoi beni, ma solo della metà de'beni, de' quali la legge permette al maggiore di disporre. « Si è però, disse Bigot-Preameneu spiegando i motivi degli art. 819 e 820, fatta una giusta distinzione fra le donazioni tra vivi e » quelle per testamento. La presunzione che la disposizione fatta dal minore pel tempo, in » cui egli non vivrebbe più, fosse ragionevole, non poteva applicarsi alle donazioni tra vivi, » mediante le quali il minore si spoglierebbe irrevocabilmente del suo avere. Tale cosa » sarebbe contraria al principio, secondo il quale egli non può fare nemmeno a titolo oneroso l'alienazione della minima parte de'suoi beni. Nelle donazioni tra vivi la legge presume, che il minore sarebbe la vittima delle sue passioni. Nelle disposizioni testamentarie l'avvicinamento o l'aspetto della morte non gli permetterà più di occuparsi che dei » doveri di famiglia o di riconoscenza ». Locré, 5, p. 314, n. 7.

Il minore adunque giunto a sedici anni può disporre con testamento della metà de' beni che la legge permette di disporre al maggiore. Da ora innanzi, non vi saranno più distinzioni sulla capacità di disporre tra i minori emancipati e quelli che non lo sono, dissero l'oratore del governo e quello del tribunato, in Locrè, 5, pag. 314, n. 7, e pag. 345, n. 12.

Bisogna che i sedici anni sieno compiti, quantunque l'art. 820 non si spieghi espressamente su questo punto, come lo fanno altri art. del codice (art. 163, 288, 295, 298, 311, 400, 401, 411). Non avvi luogo ad applicare al minore testatore la regole *annus incoeptus habetur pro completo*, poichè quando i 16 anni non sono compiti, non potrebbe dirsi che il minore avendo 15 anni e mesi, sarebbe giunto all'età di anni 16. In sostegno di questa interpetrazione puossi citare la l. 48, ff. *de condit. et demonstr.;* Domat, parte 2, lib. 3, tit. 1, sez. 2, osservaz. al n. 2; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 16; Toullier, t. 5, n. 60; Duranton, t. 8, n. 186.

Se il minore giunto agli anni sedici disponesse oltre la metà di ciocchè un maggiore avrebbe potuto donare, la disposizione sarà ridotta, ancorchè fosse morto in età maggiore, poichè per l'efficacia del testamento si richiede la capacità anche nel tempo della sua confezione. Alle autorità citate nella nota alla pag. 376, § *Secondo*, 1.°, aggiungi un arresto della cass. di Parigi de' 30 agosto 1820, Sirey, 20, 1, 442, che dietro un esame ben ponderato à deciso la quistione in parola: questo arresto à meritato l'approvazione de' giureconsulti, e massime quella di Merlin, rep. t. 17.

(1) Nella nota alle pag. 375 e 376 si è discorso delle epoche da considerarsi per la capacità del donante e del testatore. Quì cade in acconcio di discorrere dell'epoca da considerarsi per la capacità del donatario, e di quella degli eredi istituiti o de'legatari.

Primo—In quanto alla capacità del donatario. Il primo comma dell'art. in esame stabilisce che basta esser conceputo *al momento della donazione* per esser capace di ricevere un atto di donazione tra vivi. Non bisogna però dedurre che la donazione fosse invalida, se il donatario conceputo nel momento dell'accettazione, non lo era nel momento in cui il donante fece l'*atto* di donazione. Imperciocchè la donazione, finchè non abbia avuto luogo l'accettazione o non sia stata notificata al donante non è donazione, ma un semplice progetto che può esser rivocato, art. 856, e per conseguente il *momento della donazione*, di cui parla l'art. 822, è quello dell'accettazione debitamente conosciuta dal donante. Per il che si può benissimo fare un atto di donazione in favore del figlio che nascerà da una data donna e che non è ancora conceputo all'istante in cui viene disteso l'atto di donazione. Duranton, t. 8 n. 223.

Può dunque stabilirsi in principio, che il donatario dev'esser capace nel momento dell'accettazione, o la donazione è valida quantunque il donatario fosse stato incapace nel momento dell'atto di donazione, poichè la donazione non diviene contratto che nel momento dell'accettazione. Il donante avendo persistito nella sua volontà, senza rivocarla,

823. Il minore, ancorchè giunto agli anni sedici, non potrà disporre, nè pure per testamento, a vantaggio del suo tutore. V. gli art. 392 e 395.

Il minore fatto maggiore di età non potrà disporre, nè per donazione tra vivi, nè per testamento, a vantaggio di quello che fu suo tutore, se non è stato preventivamente renduto e liquidato il conto diffinitivo della tutela.

---

l'accettazione del donatario divenuto capace rende valida la donazione, poichè vi è il concorso delle due volontà nel momento dell'accettazione. Toullier, t. 5, n. 95 e 96; Grenier-*donations*, t. 1, n. 138.

Secondo—Epoche da considerarsi per la capacità degli eredi istituiti o de' legatari—Per dritto romano era questa una materia assai complicata e piena di sottigliezze, in modo che i dottori non erano di accordo nella importante quistione di vedere in qua' tempi si dovesse considerare nell'erede e nel legatario la capacità. Se l'erede era stato istituto puramente e semplicemente, doveva trovarsi capace in due epoche diverse, in quella del testamento, affinchè sussistesse l'invito, e nell'altra in cui moriva il testatore, continuandosi quest'ultima capacità sino all'adizione dell' eredità, l. 49, § 1, ff. *de heredibus instituendis*. Il tempo intermedio a queste epoche era indifferente, secondo la citata legge, e quindi se, tra il tempo della instituzione e quello della morte, l'erede fosse divenuto incapace, non se ne sentiva verun nocumento, ma se lo fosse divenuto fra il tempo della morte e quello dell'adizione, più non poteva essere erede, giacchè l'eredità non potendo stare in sospeso, al sopravvenire della incapacità passava immediatamente ed irrevocabilmente agli eredi *ab intestato*, § 4, Inst.. *de hered. qualit. et different* — Se poi l'erede fosse stato istituito sotto condizione, molti giureconsulti volevano che l'erede avrebbe dovuto trovarsi capace pure in due epoche, nel momento, cioè, in cui era instituito, ed in quello in cui avveravasi la condizione. Altri giureconsulti opinavano che avesse dovuto trovarsi capace in tre epoche diverse: 1.° Quando era instituito; 2.° Quando moriva il testatore; 3.° Quando si avverava la condizione, continuandosi quest'ultima capacità sino a che l'eredità si fosse adita: Vinnio Inst. al citato § 4; Einneccio *pandect.* parte V, § 42—Una terza classe di giureconsulti insegnava che nelle istituzioni condizionali non era richiesta la capacità dell'erede in tempo della formazione del testamento, nè in tempo della morte del testatore; ma che si richiedeva soltanto la capacità in due epoche, allorchè la condizione si avverava o si adempiva, ed allorchè si accettava l' eredità. Costoro ragionavano la loro opinione così. Non è richiesta la capacità nell'epoca della formazione del testamento, poichè la regola Catoniana ch' esigeva la capacità all' epoca della formazione del testamento, non era applicabile alle instituzioni condizionali: *catonis regulam conditionales institutiones non pertinere*, l. 4, ff. *de regula catoniana*. Non richiedevano poi la capacità all' epoca della morte del testatore, pel motivo che l' erede istituito condizionalmente non à dritto alcuno all'eredità prima che la condizione si verifichi, ed invocavano la l. 59, § 4, ff. *de hered. instit.*

Per ciò che riguarda la capacità del legatario, gl'interpetri del dritto romano convenivano, che il legatario dovea esser capace al tempo della morte del testatore. Disconvenivano però sulla quistione se dovea del pari esser capace all' epoca della confezione del testamento: gli autori che sostenevano l' affermativa si fondavano sulla l. 1, ff. *de regula catoniana*, e 59, § 4, ff. *de hered. instit.* La contraria opinione era fondata sulla l. 3, § 2, ff. *de jure fisci*; su la legge 19, ff. *de rebus dubbiis*, e sulla l. 24, ff. *de legatis praestandis*. Era anche controvertito se il legatario dovesse esser capace al tempo dell'accettazione. Voet, *ad pandectas*, lib. 32, tit. unic., n. 10 sostenne l'affermativa, per la ragione che ciò che l'adizione era per l'erede, l'accettazione era pel legatario. Questa opinione era pure contrastata.

Da ultimo, in quanto a'legati condizionali, era pure controvertito, se il legatario oltre il tempo dell'avveramento della condizione dovea esser capace al tempo della formazione del testamento.

Queste disposizioni del dritto romano non sono tutte conciliabili con i principî della nuova legislazione, e per conoscere le epoche da considerarsi per la capacità de'legatari, bisogna far distinzione tra i legati puri e semplici, e quelli fatti sotto condizione.

In quanto a'legati puri e semplici, l'unica epoca da considerarsi per la capacità del legatario è quella della morte del testatore, poichè è in quell'istante che il testamento riceve la sua perfezione. Poco importa che il legatario era incapace al momento della formazione del testamento; che anzi l'art. 822 implicitamente decide che la incapacità del legatario al tempo della formazione del testamento non è di ostacolo a conseguire il legato, se si trova capace al tempo della morte. In fatti l' art. 822 si contenta per la efficacia del legato, che l'erede sia conceputo al tempo della morte del testatore, e non richiede che fosse conceputo al momento della formazione del testamento: or se non è necessario esser conceputo al mo-

Sono eccettuati ne'due casi sopra riferiti gli ascendenti de'minori che attualmente sieno, o che furono loro tutori (1).

mento del testamento, è chiaro di non esser necessario di essere allora capace, poichè la massima delle incapacità è l'inesistenza. I dottori convengono su di ciò: Toullier, t. 5, n. 90; Maleville, sull'art. 906 (822); Grenier, t. 1, n. 140; Duranton t. 8, n. 232 e t. 9, n. 16.

Se dunque basta la capacità del legatario al tempo della morte del testatore, l'incapacità posteriore del legatario non è di ostacolo a conseguire il legato, per la ragione che oggi l'adizione di eredità non essendo necessaria per acquistare dritto alla eredità, anche la morte prima dell'adizione non toglie agli eredi del legatario il dritto di adire l'eredità, art. 698, 968, e nota 4, pag. 290.

In quanto a' legati condizionali, è all'evento della condizione che bisogna riferirsi per determinare la capacità del legatario, e perciò prendendo argomento dall'art. 995 i dottori convengono che il legatario dev'essere capace al momento in cui si è verificata la condizione, poichè allora acquista il dritto, l. 59, § 4, ff. *de hered. instituendis*. Ma dev'essere ancora capace al tempo della morte del testatore? Egli è certo che a quest'ultima epoca dev'essere esistente o conceputo, poichè l'art. 822 non fa distinzione fra le disposizioni pure e semplici e le disposizioni condizionali, e solo permette nel terzo comma di donare a chi non è *in rerum natura* ne'casi degli art. 1003, 1004 e 1038: fuori di questi casi per ricevere sotto condizione fa d'uopo esistere. La quistione quindi sta in un solo punto: se esistendo il legatario sotto condizione nel momento della morte del testatore dev'essere anche capace a quest'epoca. Alcuni giureconsulti ànno sostenuto l'affermativa pel motivo che la condizione adempita à un effetto retroattivo al tempo della morte del testatore, e quindi il legatario non potrebbe raccogliere il legato se non si trovasse capace in questa ultima epoca. Parecchi autori, e massime Cujacio, *in* l. 78, ff. *de V. O.*, t. 1, *opp. priorum, coll.* 1246, e Pothier, *obb.*, n. 203, 208 e 222, ànno impugnato il principio che l'adempimento della condizione à ne'legati un effetto retroattivo al tempo della morte del testatore, pel motivo che ne'contratti stipuliamo pe'nostri eredi, e quindi verificata la condizione dopo la morte de'contraenti, la condizione à un effetto retroattivo, art. 1132; ma nei legati il testatore lega alla persona del legatario, ed è perciò che l'art. 995 dice che il legato è caduco se il legatario muoja prima di verificarsi la condizione. Quindi il sig. Toullier, t. 5, n. 92 e 93, e t. 6, n. 544, ritenendo che il legatario condizionale non dev'essere capace nel momento della morte del testatore spiega, con una accurata distinzione la quistione se la condizione abbia o no un effetto retroattivo ne' legati. La condizione non à un effetto retroattivo in ciò che concerne la persona del legatario, poichè se muore prima dell'avvenimento, il legato è caduco, art. 995. La condizione à poi un effetto retroattivo in quanto alla cosa legata ed alle terze persone, poichè se l'erede anche proprietario sol durante la condizione, aliena, ipoteca la cosa legata, l'adempimento della condizione fa svanire ciò che à fatto, art. 2011.

I legati annui ànno di rimarchevole, che sono dovuti puramente nel primo anno, e condizionatamente negli anni seguenti. La l. 4 ff. *de annuis legatis* spiega benissimo questa particolarità: *Si in singulos annos alicui legatum sit, Sabinus, cujus sententia vera est, plura legata esse ait, primi anni purum, sequentium conditionale. Videri enim hanc inesse conditionem si vivat: et ideo mortuo eo, ad heredem legatum non transire.* È necessario adunque per raccogliere il legato del primo anno, che il legatario sia capace nel tempo della morte del testatore; ma per godere degli anni seguenti basta che sia capace ad ogni scadenza; e se la sua capacità soffra delle vicende, il legato si estinguerà e rinascerà con esse. La legge 11 del titolo citato, così in pochi accenti decide: *cum in annos singulos legatur, plura legata esse placet, et per singula legata jus capiendi inspicitur.*

Se il legato annuo però fosse a titolo di alimenti, la incapacità che sopraggiungerebbe al legatario, non dovrebbe sospendere la percezione di un simile legato. Ciò risulta dalla massima stabilita nella l. 10, ff. *de capite minutis* che permette di lasciare gli alimenti ad una persona incapace degli effetti civili, e prende argomento dall'art. 1854.

(1) Ecco come Bigot-Préameneu rende motivo della disposizione dell'art. in esame. « Non » basta che la volontà sia certa: bisogna ancora ch'essa non sia stata forzata o estorta » dall'imperio, che sopra lo spirito del donatore avesse per avventura colui, a profitto » del quale la disposizione vien fatta. Questo imperio è tale per parte di un tutore sopra » il suo minore, e gli abusi sarebbero in questo particolare sì moltiplicati, ch'è stato ne» cessario d'interdire al minor emancipato la facoltà di disporre anche per testamento a » vantaggio del suo tutore. Non si è voluto che col mezzo di disposizioni, ch'essi ottenes» sero da' loro minori pervenuti alla maggior età, i tutori potessero astenersi dal rendi» conto della tutela. Tutt'i dritti della minor età continuano ancora a vantaggio del mag» giore contro chi sia stato il suo tutore; e ciò fino a tanto che siensi resi ed assicurati i » conti; e l'esperienza ha provato esser necessario l'interdire al minore divenuto maggio-

824. I figli naturali non possono ricevere cosa alcuna dal padre, sì per donazione tra vivi, che per testamento, oltre quello che loro è accordato nel titolo *delle successioni* (1). V. gli art. 256, 261, 674 e 682.

» re la facoltà di rinunciare a questo rendiconto. Questa regola sarebbe facilmente elusa, se donazioni tra vivi o testamentarie potessero assolvere il tutore e rendere inutili i suoi conti — Soltanto si sono eccettuati i padri e le madri o altri ascendenti, e quantunque sieno tutori, rispetto a questi debbesi presumere piuttosto la pietà filiale, che la violenza o l'autorità » Locrè 5, p. 314, n. 7.

Son questi i motivi che ân determinato il legislatore a dichiarare incapace il tutore anche dopo la maggior età del minore di ricevere per donazione tra vivi o per testamento preventivamente alla liquidazione diffinitiva del conto. Ma sarebbe stata necessaria una distinzione tra le donazioni tra vivi ed i legati. È ragionevole che il tutore sia incapace di ricevere una donazione tra vivi dal minore divenuto maggiore prima della liquidazione diffinitiva del conto, poichè vi era a temere che il tutore per eludere la disposizione dell'art. 395 colorisse una convenzione sotto la forma di una donazione. Ma come poteva temersi ciò riguardo ad una liberalità per testamento, il quale è sempre rivocabile, ed il pensiero della morte fa presumere che il pupillo facendo un legato al suo tutore abbia avuto riguardo a'doveri di riconoscenza? Il dritto romano non solo non vietava d'instituire erede o di lasciare un legato al tutore, ma rispettava la disposizione con la quale il defunto vietava all'erede di esigér il conto dal tutore, il che era un legato di liberazione, l. 20, § 1; l. 28, § 4 e 10; l. ult. § 2, ff. *de liberat. legat.* Donde dunque il codice à attinto di doversi vietare il legato fatto al tutore? Sembra che abbia preso a modello l'editto di Carlo V del 4 ottobre 1540, col quale si vietavano liberalità d' immobili a favore de'tutori e curatori, non pel motivo del fatto dell'amministrazione, ma pel motivo che i minori erano indotti alla liberalità pel timore e per la riverenza verso i tutori; ma, osserva Voet *ad pandectas*, lib. 28, tit. 5, n. 11, che cessata la minor età, cessava il motivo della esclusione, e quindi si rientrava nel dritto comune. Il codice moderno si mostra più rigoroso ed inconseguente, attribuendo la causa della incapacità del tutore non al timore riverenziale del minore, ma al fatto dell'amministrazione, poichè vieta al minore di fare un legato al tutore non solo nella minor età, ma anche dopo la maggior età se non sia stato renduto definitivamente il conto. Quindi sembra viziosa la disposizione del codice, ma fino a che non sarà riformata dal legislatore dev'essere osservata, non appartenendo a'giudici di giudicare della bontà delle leggi, ma di applicarne le disposizioni.

Passiamo a notare le osservazioni che presenta l'art. in esame:

1.° La reddizione del conto, la sua liquidazione ed il pagamento della somma residuale sono tre cose a distinguersi (vedi la nota 5, pag. 113). Il conto è *renduto*, quando siesi presentato sia in giudizio, sia all'amichevole; è *liquidato*, quando sia stato discusso e verificato; è *soddisfatto*, mercè il pagamento della somma residuale. Or per essere valido il legato o la donazione fatta al tutore, l'art. in esame richiede soltanto che il conto della tutela sia stato *renduto e liquidato*, ma non è necessario che dal tutore sia stata pagata la somma residuale: la liquidazione del conto à fatto conoscere al pupillo la sua posizione da non renderlo più sotto la dipendenza del tutore; Grenier, t. 1, n. 119; Toullier, t. 5, n. 65; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 29. Ed aggiunge Duranton, t. 8, n. 199, che l'art. in esame non richiede per le donazioni e pe' legati la condizione della consegna de' documenti, che l'art. 395 esige per la validità delle altre convenzioni.

2.° La incapacità che l'art. pronunzia contro tutori non si può estendere a'surrogati tutori, nè a' curatori, i quali non amministrano, ma le loro funzioni sono limitate ad invigilare agl'interessi del minore. È una conseguenza di questo principio, che il minor emancipato può anche disporre a favore del curatore ch' è stato suo tutore, quando questi à renduto e liquidato il conto. Grenier, t. 1, n. 122; Toullier, t. 1, n. 165; Delvincourt. lib. 3, tit. 4, nota 29; Duranton, t. 8, n. 200.

Per ciò che riguarda il consulente giudiziario, vedi la nota alla pag. 375, n. 12.

3.° L'ultimo comma dell'art. fa eccezione a favore degli *ascendenti;* eccezione la quale non si estenderebbe agli *affini*, come decise la cassazione di Parigi con arresto de' 12 ottobre 1812, riferita da Favard, v. *donations*, sez. 1, § 3, n. 4, ed approvata da Duranton, t. 8, n. 197.

Ma è da osservarsi che il padre non può ricevere dal figlio che non abbia 25 anni compiti una donazione tra vivi, di beni per l'alienazione de'quali il figlio deve a' termini dell'art. 295 essere assistito dal padre, poichè il padre non potrebbe assistere il figlio in una donazione che quest'ultimo volesse fargli, mentre vi si opporrebbe la regola, *nemo in negotio suo actor esse potest.*

(1) I. Per l'art. 908 del codice francese, i figli naturali non potevano ricevere dal padre e

825. I medici, chirurgi, ufiziali di sanità, gli speziali, che avranno curato una persona nel corso della malattia della quale sia morta, gli avvocati

---

dalla madre più di quello ch'era loro assegnato nel titolo *delle successioni*, il quale limitava la quota de' beni spettante a'figli naturali, sì nella successione paterna che materna. Ma le nostre leggi civili avendo nell' art. 674 stabilito che i figli naturali succedono alla madre, ànno ragionevolmente aggiunto nell'art. 824, che i figli naturali non possono ricevere *dal padre* più di quello che è fissato nel titolo *delle successioni*. Le parole *dal padre* che non si leggono nel corrispondente art. 908 del codice francese, dimostrano che la medesima incapacità non si estende a'figli naturali nella successione della madre, per la ragione che possono anche *ab intestato* raccogliere tutta la successione di costei: vedi la nota 2, pag. 279.

In quanto a'figli adulterini, incestuosi, sacrileghi (vedi la nota 1, pag. 81) è chiaro che non possono ricevere che i soli alimenti dal padre o dalla madre, secondo gli art. 678 e 679. Rapporto di Jaubert in Locré 5, p. 346, n. 16.

II. Dobbiamo esaminare, se la incapacità del figlio naturale a ricevere dal padre più di quello che è stabilito nel titolo delle successioni à luogo quando il figlio naturale è stato legittimato per rescritto del Principe, giusta l'art. 256. Secondo la legislazione romana, il legittimato per rescritto del Principe succedeva, ove mancavano figli legittimi, nov. 89, cap. 9. Se poi esistevano figli legittimi, ed il padre nella domanda o il principe nel suo rescritto avessero espresso la volontà di accordare al figlio i dritti di successione, il legittimato concorreva co'figli legittimi alla paterna eredità, prendendo questi ultimi prima di ogni divisione la rispettiva loro legittima; arg. *auth. praeterea, et auth. si quis*, l. 4, C. *de natur. liber*. Avvi dippiù, che nel dritto romano anche i figli naturali potevano essere istituiti eredi dal loro padre in mancanza di figli legittimi ed ascendenti, l. 1, e 2, C. *de liber. nat*. Quindi nel regno era ritenuto per dritto comune, che il padre che non avea figli legittimi poteva disporre di tutto a favore del figlio legittimato; ed avendo figli legittimi, lasciata a costoro la legittima, poteva disporre a suo piacere in favore del legittimato, quando di costui erasi fatta menzione nella legittimazione. Per dritto consuetudinario poi i figli legittimati non potevano succedere ne'beni sottoposti all'impero delle consuetudini, le quali vi chiamavano gli agnati per effetto del patto de'cittadini. Capocelatro, decisione 166, n. 14, 109, 165, 172.

Segue da ciò, che l' antica legislazione non può servir di guida per la risoluzione della proposta quistione, essendo cangiati i principî sulla natura ed effetti della legittimazione. La legittimazione per rescritto del principe non cangia oggi lo stato del figlio naturale legittimato, ed anche in mancanza di figli legittimi non pregiudica i dritti di successione de'congiunti del defunto; ed è perciò che l'art. 682 nello stabilire che i figli legittimati per rescritto del principe succederanno nella stessa guisa de'figli naturali, è sotto la sezione *de dritti de' figli naturali su' beni del loro genitore*. Per il che il legittimato per rescritto del principe essendo per i dritti di successione considerato come semplicemente figlio naturale, ossia la legittimazione per rescritto non togliendo l' ostacolo che la legge imprime alla qualità di figlio naturale, segue che sotto la disposizione dell'art. in esame che dichiara i figli naturali incapaci a ricevere dal padre più di quello ch'è stabilito nel titolo *delle successioni*, son compresi anche i legittimati per rescritto del principe: questa verità si raccoglie dal complesso degli art. 256, 674, 682, 824. Noi quindi crediamo di essersi ben deciso dalla Corte Suprema di Giustizia di Napoli con arresto di annullamento del dì 30 agosto 1838, che il legittimato per rescritto del principe non può ricevere più di quello ch' è stabilito nel titolo *delle successioni*.

III. Da ultimo non è da omettersi, che la incapacità del figlio naturale a ricevere dal padre più di quello che è fissato nell'art. 674 è dalla legge pronunziata nell'interesse degli eredi legittimi. Quindi non può opporsi nè da'creditori, nè da'legatari del defunto. Non da'creditori, perciocchè se la disposizione eccessiva à avuto luogo con atto tra vivi, i creditori del donante non possono dolersi di un'alienazione fatta, e se aveano ipoteca su' beni precedentemente all'alienazione, conservano il dritto ipotecario, art. 2000 e 2064: se la disposizione à avuto luogo con testamento, i creditori non ànno bisogno d'impugnare come eccessiva la disposizione, ma esercitano le loro ragioni sul patrimonio del defunto a preferenza degli eredi e legatari: *Nemo liberalis, nisi liberatus*. In quanto a' legatari, eglino non ànno dritto d' impugnare una liberalità eccessiva fatta con atto tra vivi, perchè non ànno dritto su'beni di cui il testatore aveva disposto; e neanche possono impugnare una liberalità eccessiva contenuta nel testamento, perciocchè non possono impugnare il fatto del loro autore, ed avvalersi di una incapacità pronunziata nell' interesse degli eredi legittimi, affinchè essi non venissero spogliati per mezzo di disposizioni eccessive fatte a' figli naturali.

che avranno consigliato e diretto il testamento, e gli ecclesiastici che avranno assistito in detta ultima malattia, non potranno trar profitto dalle disposizioni tra vivi o testamentarie fatte in lor favore, durante il tempo della stessa malattia (1).

(1) « L'incapacità, attesa la professione, disse Jaubert nel suo rapporto al tribunato, diede altra volta cagione a grandi litigi, e fu l'oggetto di molti regolamenti. Tutti gl'inconvenienti non si potrebbero prevenire. Ciò che il legislatore può fare in un argomento delicato, si è quello di sorvegliare in particolar modo sulle disposizioni che venissero fatte da un individuo ammalato di malattia da dover morire, in favore di persone che fossero presunte avervi la maggior forza sul di lui spirito. Ecco perchè il progetto ammette delle restizioni e delle forme riguardo a quelli che durante il corso di una malattia avrebbero amministrato all'infermo i soccorsi dell'arte, o le consolanti parole della religione. Egli è senza dubbio spiacevole il dovere stabilire una regola generale che tratti sulle professioni che siamo avvezzi a vederle esercitate da uomini disinteressati e generosi; ma quelli non si lagneranno delle riserve della legge, che non può fra gli altri distinguerli. » Locré, t. 5, p. 346, n. 17.

Tali essendo i motivi che àn determinato la disposizione dell'art. 825, bisogna attentamente notare il concorso delle circostanze che debbono avverarsi perchè il divieto abbia luogo. Desse son due: 1.° Che la disposizione fatta a favore di una persona che abbia una delle qualità indicate nell'articolo, sia stata fatta in istato di malattia; 2.° Che abbia avuto luogo nel tempo della malattia di cui il disponente sia morto. Così la disposizione non sarebbe impugnabile quante volte il donante sia stato curato dal medico donatario in una prima malattia di cui si fosse guarita. Ma osserva bene Duranton, t. 8, n. 250, che per evitarsi l'inconveniente che il legislatore si à proposto, avrebbe dovuto farsi distinzione tra le donazioni tra vivi e le disposizioni testamentarie. Si comprende bene che il testatore non essendo morto della malattia nel tempo della quale fosse stato fatto il legato al medico, egli non rivocando il testamento, si presume che non fu l'effetto di alcuna influenza. Le donazioni tra vivi per lo contrario essendo irrevocabili, si avrebbe dovuto dichiararle nulle quando il donante non fosse morto della malattia nel tempo della quale fu fatta la donazione, poichè essendo presunta di essere la donazione il risultamento della influenza esercitata dal medico in una malattia gravissima, il donante guarito si vede nella posizione di non poter rivocare quella donazione che fu l'effetto della influenza.

Fermiamoci ad esaminare a quali persone si estende la incapacità in disamina, secondo il testo dell'art. 825.

Primo—I medici, i chirurgi, gli ufiziali di sanità, gli speziali, che avranno curato. Per la regola che le incapacità non si possono estendere, ne segue, che la disposizione dell'art. in esame è inapplicabile al medico consulente che sia stato chiamato una o due volte per consultore sulla salute dell'infermo, poichè non può dirsi di lui di aver *curato* l'infermo (*). Gli speziali che avessero soltanto venduto i rimedi prescritti dal medico curante non sarebbero compresi nella proibizione, poichè l'art. in esame intende parlare di quei farmacisti che avessero prestato cura personale all'infermo (**). Gl'infermieri destinati alla custodia degli ammalati non sono compresi nella proibizione (***).

Non si dubita, che gli empirici, coloro che non sono rivestiti del titolo legale di medico, chirurgo, farmacista sono compresi nella proibizione dell'art.; che anzi la loro influenza è più pericolosa. Se il divieto si applica a coloro che ànno una qualità riconosciuta dalla legge, vie maggiormente deve applicarsi a coloro che s'ingeriscono nel corso delle malattie senz'avere altra qualità che un'arditezza ed una impudenza. « Sarebbe superfluo rimarcare, disse all'uopo l'oratore del Tribunato sig. Jaubert, che la legge attaccherà per necessaria conseguenza tutti quelli che privi del titolo legale oseranno nulladimeno ingerirsi nelle funzioni dell'arte di guarire ». Locré, 5, p. 346, n. 17. Gli autori professano la stessa dottrina; Toullier, t. 5, n. 68; Grenier, t. 1, n. 126; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 30; Duranton, t. 8, n. 251.

L'incapacità in parola è applicabile al medico che abbia curato la propria moglie nella malattia della quale sia morta? No, decise la Cass. di Parigi con arresto de' 30 agosto 1808 (Sirey, 8, 1. 483), poichè da una parte la legge nel capitolo IX di questo titolo lascia ai conjugi la facoltà di vantaggiarsi; e dall'altra parte l'art. 201 impone agli sposi scambie-

(*) Toullier, t. 5, n. 69; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 32.
(**) Toullier, t. 5, n. 69; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 32. Decisione della Cass. di Parigi de' 12 ottobre 1812, Sirey, 13, 1, 38; Duranton, t. 8, n. 254.
(***) Grenier, t. 1, n. 128; Toullier, t. 5, n. 67; Duranton, t. 8, n. 252. *Contra*, Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 32.

Sono eccettuate

1°. le disposizioni rimuneratorie fatte a titolo particolare avuto riguardo alle facoltà del disponente, ed a' servigj ed assistenze prestate;

2°. le disposizioni, ancorchè universali, ne' casi di parentela (1) sino al quarto grado inclusivamente; purchè però il defunto non abbia eredi in linea retta; o, avendoli, colui a favore del quale venne fatta la disposizione, si trovi nel numero di questi eredi.

826. Le disposizioni tra vivi o per testamento in vantaggio degli spedali,

---

voli doveri di fedeltà, soccorso ed assistenza. Il legislatore sarebbe in contraddizione con se stesso, impedendo con sì fatta penale a'conjugi, professori dell'arte di guarire, di prender cura delle infermità delle proprie consorti. È questa anche la dottrina di Grenier, t. 1, n. 127; di Toullier, t. 5, n. 66.

Ma nel caso in cui il medico abbia sposato la moglie nel corso della malattia della quale è morta, la cass. di Parigi con due arresti de' 11 giugno 1820 e 21 agosto 1822 (in Dalloz, v. *disposit. entr. vifs*, cap. 2, sez. 7.) renduti dietro le più solenni discussioni e le deliberazioni più mature, stabilì una dottrina che rende la quistione subordinata alle circostanze, e conseguentemente la lascia alla considerazione delle corti del merito. Stabilì in tesi generale, che se il matrimonio ebbe per iscopo di coprire l'incapacità del medico, la incapacità sussiste, allorchè risulta dalle circostanze che la liberalità era stata determinata dalla influenza che il marito esercitava sulla moglie come medico, piuttosto che per l'ascendente della potestà conjugale.

Secondo — Gli avvocati che avranno consigliato e diretto il testamento. Il corrispondente art. 909 del codice francese non conteneva alcuna proibizione per gli avvocati, ed il sig. Amorosi nelle note a Duranton, t. 8, p. 292 e 293 riferisce che nella discussione delle nostre *leggi civili* nella camera di grazia e giustizia del supremo Consiglio di Cancelleria, « il consigliere Pasqualini espose doversi anche il motivo d'incapacità di ricevere estendere agli avvocati, che abbiano consigliato il testamento, *in qualunque epoca siesi questo fatto*. Nell'intero supremo consiglio di Cancelleria non fu fatta alcuna osservazione relativamente all'aggiunzione summenzionata, ma nel consiglio di Stato si aggiunse l'incapacità degli avvocati a tenore del parere del consigliere Pasqualini ».

Potrebbe dedursi dal modo con cui è riferita la discussione in esame, che la incapacità degli avvocati che ànno consigliato e diretto il testamento dovesse pronunziarsi, *in qualunque epoca siesi il testamento fatto*. Non sembra questo il pensiero del legislatore, sì perchè nell'art. non leggonsi le parole *in qualunque epoca siesi il testamento fatto*, sì perchè la incapacità degli avvocati è pronunziata nello stesso art. che riguarda la incapacità de' medici e degli ecclesiastici. Quindi per verificarsi la incapacità debbono concorrere le stesse circostanze richieste pe' medici ed ecclesiastici, cioè che la disposizione testamentaria sia fatta a favoro dell'avvocato che à consigliato e diretto il testamento nel tempo della malattia di cui il disponente sia morto. Il legislatore à esteso la incapacità agli avvocati, perchè vi concorrono le stesse circostanze che àn determinato a stabilire la proibizione contro i medici ed ecclesiastici. Or questo motivo, è, secondo le espressioni di Jaubert nel riferito rapporto, *di sorvegliare sulle disposizioni che venissero fatte da un individuo* AMMALATO DI MALATTIA DA DOVER MORIRE, *in favore di persone che fossero presunte aver la maggior forza sul di lui spirito.*

È notevole che l'art. dichiara incapace l'avvocato a ricevere una donazione tra vivi o un legato, quando abbia *consigliato e diretto il testamento*. Se dunque l'infermo non fa testamento, e si limita a fare una donazione tra vivi all'avvocato, la proibizione non à luogo.

Qui sotto la parola *avvocati* van compresi i patrocinatori, i notari dottori, ed anche coloro che senza esser rivestiti della qualità di avvocati esercitano il mestiere di legulej, di ciarlatani. Vi sono le stesse ragioni per la incapacità degl' empirici che s'investono della qualità di medici.

Terzo — Gli ecclesiastici che avranno assistito nell' ultima malattia. La parola *assistito* riguarda l'ecclesiastico che abbia praticato le funzioni pertinenti al suo ministero. E perciò si è deciso dalla cass. di Parigi con arresto de'18 maggio 1807, (Sirey, 7, 287) che il ministro del culto non è incapace di conseguire le disposizioni fatte a suo vantaggio, benchè sia rimasto continuamente presso una persona nel corso della malattia di cui è morto, quando non le à amministrato i soccorsi spirituali. Toullier, t. 5, n. 70, Grenier, t. 1, n. 129 e Duranton, t. 8, n. 259 professano la stessa dottrina.

(1) Ma non di *affinità*. Arresto della cass. di Parigi del 12 ottobre 1812, in Dalloz *disposition entre vifs*, cap. 2, sez. 7.

de' poveri di un comune, degli stabilimenti (1) di pubblica utilità, e di altri corpi morali autorizzati dal Governo, non avranno effetto se non in quanto saranno autorizzate da un decreto reale (2). V. gli art. 10 e 861.

827. Qualunque disposizione a vantaggio di una persona incapace sarà nulla, ancorchè venga celata sotto la forma di un contratto oneroso, o che venga fatta sotto nome d'interposte persone. V. gli art. 1304 e 1306.

Saranno considerate *persone interposte* i padri, le madri, i figli, i discendendi ed il conjuce della persona incapace (3).

---

(1) Anche ecclesiastici. Legge del 2 gennajo 1817; art. 12 del concordato con la S. Sede de'21 marzo 1818.

Con rescritto de'21 giugno 1819 si è dichiarato che le disposizioni degli art. 826 e 861 *leg. civ.* non derogano alle disposizioni dell'art. 15 del concordato de'21 marzo 1818.

(2) Il decreto si accorda dal Re a norma de' numeri 7 e 9 dell'art. 15 della legge de'14 giugno 1824, dietro il parere della consulta generale del Regno.

(3) I. Dacchè la legge colpisce d'incapacità a ricevere le persone indicate nella nota alla pag. 375, à procurato d'impedire le vie tortuose che si sarebbero impiegate per giungere a quello scopo cui direttamente non si può pervenire. Perchè adunque la legge non restasse senza esecuzione ed i dritti degli eredi interessati ad impugnare le disposizioni vietate non restassero senza garantia, l'art. 827 stabilisce la nullità della disposizione a vantaggio di una persona incapace, *ancorchè venga celata sotto la forma di un contratto oneroso*, *o che venga fatta sotto nome d'interposte persone* — Conviene quindi esaminare partitamente la nullità delle donazioni celate sotto la forma di un contratto oneroso, e delle disposizioni fatte sotto il nome d'interposte persone.

Primo — Nullità delle donazioni celate sotto la forma di un contratto oneroso, e fatte a persone incapaci — Lo scopo della legge è quello d'impedire che si ricevesse indirettamente ciò ch'è vietato di riceversi direttamente. Quindi la donazione celata sotto la forma di un contratto di vendita è nulla, come se avesse avuto luogo sotto la forma medesima della donazione. Ma a chi spetta di provare, al donatario, o pure a'suoi avversari, che nel contratto oneroso è celata una donazione ch'é incapace il donatario di raccogliere? Secondo Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 38, il contratto essendo fatto con un incapace, la donazione è presunta essere simulata, ed in conseguenza appartiene al donatario di provare la natura commutativa del contratto. Questa dottrina è erronea, poichè Delvincourt suppone che l'art. 827 stabilisca una presunzione che il contratto a titolo oneroso celi in realtà una donazione. No, l'art. 827 stabilisce una presunzione solo per la interposizione di persona; e quindi per conoscere se il contratto oneroso contenga una donazione celata, bisogna ricorrere alle regole generali del dritto, secondo le quali l'atto autentico o privato fa fede tra le parti, e colui che l'impugna per dolo, simulazione, deve provarlo con tutt'i generi di pruove ricevute in giudizio, art. 1273, 1276, 1302, 1307. In una parola, la presunzione è in favore dell'atto, e la prova di contenere il contratto una donazione celata appartiene a colui che impugna l'atto. È questa la dottrina di Toullier, t. 5, n. 84, e di Duranton, t. 8, n. 267.

È ormai ricevuto in giurisprudenza, dopo non poco contrasto tra la sezione de'ricorsi e la sezione civile della corte di Cassazione di Parigi, che le donazioni celate sotto le forme di un contratto a titolo oneroso sono nulle quando vengono fatte a persone incapaci. Negli altri casi, ossia quando la donazione celata sotto la forma di un contratto oneroso è fatta a persona capace di ricevere, non è nulla, per la ragione che le parti potendo fare liberamente una donazione nelle forme dalla legge indicate, nulla osta ch'esse avessero la forma di un contratto a titolo oneroso, perciocchè può farsi in un modo indiretto ciò ch'è permesso di fare direttamente, e la simulazione di un contratto non produce la sua nullità fra le parti contraenti, se non quando à per oggetto di eludere una disposizione proibitiva della legge. Arresti della cassazione di Parigi in Merlin, rep. v. *donation*, sez. 2, § 6, nelle quistioni di dritto, alla stessa voce, § 5, e nel rep. v. *simulation*, § 5: altri arresti in Dalloz, v. *disposit. entre vif.*, cap. 4, art. 3: Chabot, *quest. transit*, v. *donations déguisées*, e nel *trattato delle successioni*, sull'art. 843 (762) n. 16; Grenier, t. 1, n. 180; Toullier, t. 4, n. 474, e t. 5, n. 85 — *Contra*, Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 3.

Secondo — Delle persone interposte. La legge considera in questa materia come di pieno dritto persone interposte i genitori, i figli o discendenti, ed il conjuge del incapace. È questa una presunzione che non ammette pruova in contraria, art. 1306, e per conseguente basta che la donazione sia fatta ad una delle indicate persone per respingere ogni pruova che l'apparente donatario vorrebbe fare per mantenere la liberalità, provando che

V. l'art. 9, n. 2.° 828. Il nazionale potrà disporre a favore di uno straniero, purchè tra le due nazioni vi sia diritto di reciprocazione, e salve le eccezioni che per transazioni diplomatiche potrebbero aver luogo.

---

la disposizione è stata realmente fatta in suo favore, e non per restituirla all'incapace. Sembra adunque che l'oratore del tribunato abbia ecceduto i suoi poteri, quando esponendo i motivi della disposizione dell'art. in esame, disse: « La nullità della disposizione dovrà esser pronunziata senza che gli eredi abbiano bisogno di fare alcuna pruova: *questa presunzione legale non potrebbe esser distrutta che da pruove positive dirette ed irrefragabili* ». E come potrebbe la pruova contraria ammettersi, quando l'art. 1306 stabilisce che non è ammessa la pruova contraria contro la presunzione, allorchè sul fondamento di essa *la legge annulla taluni atti?* I giureconsulti, quantunque non facessero parola delle difficoltà che potrebbero derivare dal discorso di Jaubert, convengono che contro la presunzione in parola non è ammessa pruova in contrario. Toullier, t. 5, n. 77; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 40; Duranton, t. 8. n. 268.

Le persone presunte di pieno dritto interposte sono tassativamente quelle indicate nell'art. in esame. Le altre persone, massime i congiunti di cui è parola nell'art. 1052, possono considerarsi come interposte; ma la pruova della interposizione dev'essere fatta da chi l'allega. Toullier, t. 5, n. 79; Duranton, t. 8, n. 270 e 271.

Le persone adunque di pieno dritto presunte interposte, sono:

1.° *Il padre e la madre* dell'incapace. La donazione fatta ad un ascendente diverso dai genitori dell'incapace sarebbe una grave circostanza per provare più facilmente l'interposizione, ma non sarebbe di dritto considerato l'ascendente come persona interposta. Duranton, t. 8, n. 271. *Contra* Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 41.

2.° *I figli, i discendenti* dell'incapace sono considerati persone interposte. La legge non fa distinzione fra la parentela legittima e la naturale, ed anche adulterina o incestuosa, osserva Toullier, t. 5, n. 79, nota 1; ed aggiunge Duranton, t. 8, n. 274, che la parentela risultante dall'adozione fa presumere di pieno dritto l'interposizione;

3.° *Il conjuge* della persona incapace è pure presunta persona interposta, ancorchè sia separata di persona, poichè la separazione non iscioglie il vincolo del matrimonio. Duranton, t. 8, n. 273.

In generale la disposizione dell'art. in esame non si deve estendere a'genitori a'discendenti o al conjuge dell'individuo condannato alla perdita de'dritti civili. Dessa riguarda le incapacità relative, e non già le incapacità *assolute*. Se fosse diversamente, tutt'i parenti di un condannato all'ergastolo sarebbero puniti per sua colpa; parteciperebbero in qualche modo della sua perdita de'dritti civili. Toullier, t. 5, n. 79; Duranton, t. 8, n. 276.

È notevole che l'atto di donazione fatto a'congiunti dell'incapace è presunto fatto all'incapace medesimo per interposizione. Ma se la disposizione è celata sotto la forma di un contratto oneroso, non esiste la medesima presunzione, ma bisogna provare la simulazione. La ragione si è, che se l'atto passato coll'incapace medesimo non è presunto fraudolento quando è celato sotto la forma di un contratto oneroso, a più forte ragione son necessarie prove più gravi per annullarsi il contratto commutativo fatto con la persona che si vuole interposta.

In fine si osservi, che ne'casi di annullamento, una disposizione fatta a persona incapace sotto il nome di persona interposta, o sotto la forma di un contratto oneroso, devesi soltanto annullare ciocchè l'incapace non poteva ricevere; il rimanente dev'essere conservato: *utile per inutile non vitiatur;* arg. dell'art. 837.

II. Rimane ad esaminare, se la presunzione d'interposizione di persona stabilita di pieno dritto dall'art. in esame, abbia luogo anche nelle liberalità di usufrutto. Sembra di doversi sostenere la negativa, perciocchè il fondamento della interposizione di una persona essendo quello di evitare che il dono pervenisse ad una persona incapace, ciò non può aver luogo che quando la cosa donata è per se stessa trasmessibile. Or ciò non può verificarsi nel dritto di usufrutto ch'è una proprietà puramente personale, incomunicabile per atto tra vivi, ed intrasmessibile per via di eredità. Che se l'art. 520 permette la cessione del dritto di usufrutto, così che potrebbe dirsi che il donatario apparente potrebbe trasferire sul capo dell'incapace la liberalità, risponderemo che per la cessione del dritto di usufrutto è sempre l'usufruttuario ch'è riputato godere per mezzo di un altro, come dimostrammo nella nota 1, pag. 165. Quindi la presunzione di pieno di dritto della interposizione è esclusa per la natura del dritto di usufrutto; ma vi possono essere delle circostanze da far comprendere che l'usufruttuario è persona interposta, ed in questo deve farsi la pruova della interposizione. Così pensa anche Proudhon, *de l'usufruit*, t. 1, n. 14.

CAPITOLO III.

Della porzione disponibile de' beni, e della riduzione.

SEZIONE I.

Della porzione disponibile de' beni (1).

829. Le liberalità tanto per atto tra vivi, che per testamento, non

(1) Quantunque la facoltà di disporre de' propri beni non sia che l'esercizio del dritto di proprietà, è pur vero che il padre di famiglia abuserebbe del dritto di proprietà, se non assicurasse a coloro che gli sono strettamente congiunti co' vincoli del sangue una parte convenevole del suo patrimonio. Da ciò nasce che il patrimonio del padre di famiglia, considerato in quanto alle disposizioni a titolo gratuito, si divide in due parti: *quota disponibile*, e quota di *riserva*, ossia *legittima* riconosciuta da' pubblicisti come un soccorso necessitato dalla natura e regolato dalla legge. La legittima così detta, perchè viene direttamente accordata *ex lege*, è una quota del patrimonio del defunto che la legge accorda a taluni eredi presuntivi ne' beni che avrebbero raccolti in totalità, senza le disposizioni che il defunto ne à fatte in loro pregiudizio: *legitima est pars ejus quod* (*ad heredem*) *perventurum esset*, *si intestatus pater-familias decessisset*, definizione ricavata dalla l. 6, C. *de inoffic. testam.*: chiamasi anche *riserva* — *La porzione disponibile* è la quota di beni di cui è permesso disporre a titolo gratuito.

Discorrere la storia della *legittima*, sotto il rapporto della sua origine, della sua quantità, e delle persone cui era dovuta prima delle nuove leggi sì per dritto comune che per le consuetudini napoletane, è un lavoro che ad un tempo mostrerà le vicende della legislazione in siffatta materia e la giurisprudenza che ne derivò. Sarà una conseguenza di questo discorso storico la conoscenza dello spirito delle nuove disposizioni *sulla legittima*, non che lo sviluppo di quel gran principio, che tutto si fa servire ad oggetti politici per preparare un nuovo ordine di cittadini con un nuovo ordine di proprietarî.

I.

Dell'origine della legittima, delle persone che avean dritto alla legittima e della sua quantità, secondo il dritto romano.

I. *Origine della legittima.* Ne' primi tempi di Roma il padre di famiglia poteva disporre di tutto il suo patrimonio, anche in pregiudizio de' propri figliuoli. La virtù, sentimento fondamentale di quel popolo, non fece temere al legislatore che l'affezione del padre vacillasse; e d'altronde i romani eran pieni del sentimento della patria potestà, tanto che il padre avendo sulla persona del figlio il *jus vitae et necis*, a più forte ragione dovea aver quello di escluderlo dalla sua successione. Perchè adunque il padre era il legislatore della sua famiglia, le leggi delle dodici tavole stabilivano energicamente: *paterfamilias uti legassit* (*) *de pecunia* (**) *tutelave rei suae* (***), *ita jus esto*. V. la nota 1, pag. 362.

Una funesta esperienza dimostrò che sovente il padre, trascinato dalle passioni o dalle seduzioni di una matrigna, si spogliava dell' affezione che la natura dovea ispirargli pe' suoi figli. Temperato perciò l' eccesso dell' autorità paterna, riducendosi il dritto di vita e di morte ad una semplice correzione, fu ridotto altresì l' uso che il padre faceva della sua facoltà di testare. Ma siccome i giureconsulti non potevano derogare alla legge, ricorsero al presidio di una finzione; ed interpetrando la legge supposero, che qualora il padre avesse agito contro il voto della natura, che comanda d'instituire eredi i propri figli, ed avesse lanciato ingiustamente la folgore della diredazione, il suo testamento si reputava l'effetto di una cieca passione, l'opera di un'alienazione mentale, ed era permesso ai figli d' impugnare il testamento con la *querela d' inofficiosità*, intorno alla cui origine i

(*) *Legare* suona decretare, far legge.

(**) *Pecunia* indica tutto ciò ch'è nel nostro patrimonio. *Pecuniae enim nomine, non solum numerata pecunia, sed omnes res tam soli quam mobiles, et tam corpora, quam jura continentur*, l. 222, ff. de V. S.

(***) Le parole *rei suae* oltre del senso naturale, esprimono anche i figli, che uno avea nel suo potere. I figli erano allora considerati come cose, l. 1, § 2, ff. *de rei vindic.*

potranno oltrepassare la metà de'beni del disponente, quando questi morendo

dottori sono divisi di opinione, come può osservarsi in Einnecio *antichità Romane*, e recit. sul titolo *de inofficioso testamento*; Voet, lib. 5, tit. 2, n. 4, e Perezio, Cod., tit. *de inoff. testam.*, n. 3.

Le querele d'inofficiosità diventarono eccessive, e si cercò il mezzo di farle più rare, fissando a' figli una quota di beni, la quale fosse indipendente dalla volontà paterna, e costituisse la loro legittima. S'ignora chi fosse stato l'autore della legittima (*), ed è probabile che sia stata introdotta ad imitazione della quarta falcidia accordata agli eredi estranei, perciocchè era un tempo il quarto de'beni, e quarta falcidia si appella nelle ll. 8, 9, 14, ff. *de inoff. testam.*, e l. 31 C. *eod.* Che che ne sia, si deve a Giustiniano la perfezione di cotesta essenzial parte della giurisprudenza con la novella 18, c. 1, quantunque la medesima avesse lasciato a'dotti un'ampia materia a contendere.

II. *Persone cui la legittima era dovuta per dritto di Giustiniano.* Aveano per le leggi di Giustiniano dritto alla legittima, i figli, gli ascendenti, i collaterali nel grado di fratelli e sorelle germane.

I figli tenevano senza dubbio il primo posto nell'ordine de'legittimari: novella 18, cap. 1.

S'intendevano per *figli* non solo i *postumi*, ma eziandio i nipoti, l. 6, princ. e § 1, ff. *de inofficioso testam.*, e l. 7, C. *eod.* La legittima de'figli in primo grado si regolava per *capita*, e negli altri gradi *per stirpes*: Domat, parte 2, lib. 3, tit. 3, sez. 1, n. 4 e 5, e sez. 2, n. 5.

Ascendenti.— È certo che agli ascendenti era dovuta una legittima, quando il defunto non lasciava discendenti, poichè le leggi 14 e 15 ff. *de inofficioso testamento*, accordavano all'ascendente contro il testamento del figlio il gravame *d'inofficiosità*, il che non poteva darsi se essi potevano essere privati di una parte dell'eredità. I dottori àn dubitato soltanto della *quantità* della legittima dovuta agli ascendenti, poichè Giustiniano colla nov. 118, cap. 1, non à espressamente regolato quella degli ascendenti; ma non si è messo in controversia del dritto degli ascendenti ad una legittima, per averla Giustiniano accordata a tutti coloro che potevano sperimentare la querela *d'inofficiosità*. *Hoc observandum in omnibus personis in quibus ab initio antiquae quartae ratio de inofficioso lege decreta est.*

De'collaterali — Nell'antico dritto romano tutt'i fratelli e sorelle del defunto erano indistintamente ammessi alla querela d'inofficiosità nel solo caso in cui si fosse istituita una persona infame, *turpis persona*: i parenti collaterali in grado ulteriore non erano ammessi a questa querela, l. 1, ff. *de inofficioso.* Costantino con la l. 1, codice Teodosiano, *de inofficioso testamento* escluse i fratelli uterini dalla querela d'inofficiosità, non che i fratelli germani o consanguinei che avessero perduto il dritto di agnazione, val dire, che fossero stati emancipati vivente il loro padre. Ma Giustiniano con la l. 27, C. *de inofficioso testamento*, mentre ritenne la esclusione de'fratelli e sorelle uterine, ordinò in quanto a' fratelli germani o consanguinei, che il dritto di agnazione non sarebbe più considerato in questa materia: *consanguinei au'em*, DURANTE AGNATIONE VEL NON, *contra testamentum fratris sui vel sororis de inofficioso quaestionem movere possunt.*

Due quistioni intanto erano agitate sulla legittima de' collaterali. La prima, se i figli de'fratelli germani chiamati da Giustiniano (v. la nota 1, pag. 277) alla successione *ab intestato* de' loro zii, in concorso de'fratelli viventi, erano abili ad esercitare la querela d'inofficiosità. La seconda, se almeno i nipoti potevano profittare della rescissione del testamento inofficioso ottenuta da'loro zii. Per la prima quistione, tutti gli autori si accordarono per la negativa, sul fondamento che la querela d' inofficiosità non apparteneva a tutt'i successori *ab intestato*, ma soltanto a quelli tra essi cui la legge l'accordava—Per la seconda quistione, l'affermativa era sostenuta da taluni scrittori sul motivo che la rescissione di un testamento mediante la querela d'inofficiosità, portava seco, giusta le leggi romane, la nullità della instituzione, e riduceva le cose *ab intestato*, e quindi i nipoti doveano *ab intestato* succedere co'loro zii. L'opinione contraria è stata dottamente difesa da Voet, *ad pandectas*, lib. 5, tit, 2, n. 11 con tre, fra gli altri, argomenti perentori: 1.° I giudicati non nuocciono nè profittano che a coloro co'quali sono stati renduti: i nipoti adunque non possono partecipare al frutto di un'azione ch'essi non ànno esercitato, nè potuto esercitare; 2.° Le leggi 17, 18, e 19, ff. *de inoff. testam.* comunicano, è vero, a tutti gli eredi dello stesso grado il vantaggio della querela d'inofficiosità intentata con successo da uno di essi, ma ciò avviene perchè sono tutti nello stesso grado, e per conseguenza tutti abili ad intentare essi stessi l'azione della quale profittano: or de' nipoti la condi-

(*) Cujacio, *osservazioni* lib. 3, cap. 7, e nelle note alle sentenze di Paolo.

lasci figli, qualunque sia il numero de'medesimi. L'altra metà sarà riservata

zione è ben differente, poichè il defunto ad essi nulla doveva, anche istituendo una persona infame: 3.° Che sarebbe assurdo, che coloro i quali sono stati lecitamente passati sotto silenzio, e che per conseguente non àn ricevuto dal defunto alcuna specie d'ingiuria, fossero della medesima condizione che quelli la cui preterizione forma un attentato alle proibizioni delle leggi.

III. *Della quantità della legittima per dritto di Giustiniano* — Nell'antico dritto romano, la legittima de'figli, degli ascendenti e de'fratelli, era fissata indistintamente al quarto de'beni che si sarebbero avuti *ab intestato*. Ciò risulta dalla l. 8, § 8, ff. *de inofficioso testamento*, e dalla l. 6, C. eod. tit.

Giustiniano cambiò totalmente questa giurisprudenza con la novella 18, cap. 1, la quale avendo dato luogo a delle serie difficoltà, conviene parlare partitamente della quantità della legittima de'discendenti, degli ascendenti e de'collaterali.

Quantità della legittima de'discendenti. La novella 18, cap. 1 distingue il caso in cui si trovano quattro figli od un minor numero, da quello in cui ve ne sieno più. Nel primo caso, essa accordava loro per legittima il terzo di ciò che avrebbero preso nella successione *ab intestato;* di maniera che un figlio unico dovea avere il terzo di tutt'i beni; quello che avea un fratello, un sesto; quello che ne avea due, un nono; e quello che ne avea tre, un dodicesimo. Nel secondo caso, val dire quando i figli erano per lo meno nel numero di cinque, essi aveano tutti insieme per legittima la metà de' beni: questa metà si divideva tra essi, e per tal modo la loro quota legittimaria era sempre la metà della parte che avrebbero avuta *ab intestato*.

Quantità della legittima degli ascendenti — Non avendo Giustiniano espressamente regolato nella novella 18, cap. 1 la quantità della legittima degli ascendenti, si è dubitato, se in mancanza di discendenti, la legittima degli ascendenti dovea essere la stessa di quella che Giustiniano avea stabilito pe'figli. Vinnio, *ad Inst.*, tit. *de inoffic. testam.*, § 3, n. 2, sostenne che la novella non era applicabile alla legittima degli ascendenti. Si contiene però da altri interpetri che siccome la legittima degli ascendenti non è più favorevole di quella de'figli, e siccome per la legittima di un figlio solo ed anche di quattro non vi era che la terza parte de'beni, così si è conchiuso che gli ascendenti non aveano per legittima che un terzo della successione da dividersi tra loro si ve n'era più di uno. Nood, *ad pandectas*, tit. *de inoff. testam.*, p. 205, col. I; Ubero, *ad Inst.* dello stesso tit., n. 11; Domat, parte 2, lib. 3, tit. 3, sez. 2, n. 8.

Questa prima quistione ne fece insorgere un'altra. Avendo Giustiniano con la novella 118 (vedi la nota 2, pag. 267) chiamato i fratelli germani alla successione *ab intestato* cogli ascendenti, la legittima degli ascendenti era la terza parte de' beni, o soltanto il terzo della porzione, che questo ascendente avrebbe avuto *ab intestato* concorrendo con lui i fratelli? Bartolo sulla l. 14, ff. *de inoff. testam.*, ed il presidente Fabro, *de erroribus pragmaticorum*, decad. 15, *error* 4, sostennero che la legittima era il terzo della quota *ab intestato*, per la ragione semplicissima, che la legittima non é che una parte; riservata dalla legge, della quota ereditaria; non è dunque che su la quota ereditaria ch'essa può esser presa—L'opinione contraria ebbe per difensori Baldo e Paolo di Castro, sulla l. 34, ff. *de legatis* 1, Voet, lib. 5, tit. 2, n. 47, Domat, parte 2, lib. 3, tit. 3, sez. 2, osservazioni al n. 8. E nel nostro regno agitata questa quistione fu di difficile risoluzione, poichè le due opinioni erano fondate su l'autorità di molti scrittori. Il sacro consiglio, *junctis aulis*, decise nel 20 giugno 1581 che la legittima degli ascendenti non era la terza parte de' beni, ma la terza parte che l'ascendente avrebbe avuto *ab intestato;* ed il reclamo contro questa sentenza fu rigettato dallo stesso Sacro consiglio con sentenza de' 16 ottobre 1584, come riferisce de Franchis, decis. 64: de Ponte, *cons. 68*. De Luca però nelle osservazioni alla detta decisione riferisce di essersi anche il contrario deciso.

Quantità della legittima de'collaterali—Siccome la legittima a favore de' fratelli e sorelle germane o consanguinei era stata stabilita meno per un dovere comandato dalla natura, che per reprimere una specie di oltraggio fatto a' costumi, cui i fratelli allora sembravano parteccipare con la instituzione di erede nella persona di condizione turpe, gli autori erano scissi di opinione sulla quistione di sapere, se la legittima de' fratelli ne'casi in cui avea luogo, era fissata al quarto, come nell'antico dritto, o se era aumentata al terzo dal capo 1, della novella 18. Il primo partito ebbe per difensori Matteo d'Afflitto, Vinnio, *ad Inst.*, tit. *de inoff. testam;* Voet *ad pandectas*, lib. 5, tit. 2, n. 46. Era più accreditata la opinione dell'aumento della legittima, sostenuta specialmente da Cujacio sulla nov. 18, da Fachineo, *controvers.*, lib. 4, cap. 28, e da Perezio, cod. tit. *de inoff. testam.*, n. 33.

V. l'art. 837. a vantaggio de'figli e formerà la loro *leggittima* su di cui il disponente non potrà imporre vincolo o peso veruno.

II.

Della legittima secondo il dritto del regno.

Bisogna considerare per dritto del regno la legittima secondo il *dritto comune*, non che secondo il *dritto consuetudinario* napoletano. L'interesse e la conservazione de' beni nelle famiglie avean fatto dichiarare indisponibili certe porzioni di taluni beni, e queste chiamavansi *legittime consuetudinarie*.

I. *Legittima, secondo il dritto comune del regno.* Il dritto comune del regno non conteneva disposizioni contrarie al dritto romano in riguardo alla legittima. Se non che, in quanto alla legittima de' discendenti, conviene osservare, che avendo Federico II con la costituzione *in aliquibus* escluso le femmine dalla successione paterna in concorrenza dei maschi, è chiaro che le figliuole femmine non aveano dritto alla legittima, ma alla sola *dote di paraggio*, la quale per altro stava in luogo di legittima, quantunque fosse stata una grave controversia tra i dottori, come osservammo nella nota 1, pag. 265, se il paraggio differiva dalla legittima — Quanto è vero che le leggi sono fondate sull'edifizio politico e civile delle nazioni!

Due ardue controversie inoltre erano agitate nel foro in quanto alla legittima de' discendenti, controversie ch'erano una dipendenza della novella 18 di Giustiniano, a'termini della quale variava la legittima secondo il numero de'figli.

1.° Se tutti i figli del testatore facevano parte per determinarsi la quantita della legittima. Essendo, p. e., cinque figli maschi superstiti al loro defunto padre, che avesse sottoposto la eredità al fedecommesso, ed uno di tali figli fosse incapace di succedere alla eredità, poteva l'incapace unirsi agli altri quattro figli maschi per formare il numero di cinque figli, affinchè i quattro che erano capaci di succedere, potessero prendere e dividere fra essi la metà dell'eredità paterna per loro *legittima*? Fachineo, lib. 4, *controv.* cap. 31, chiamò arduo questo articolo, ma dotti interpetri convenivano che il figlio incapace non dovea numerarsi nel calcolarsi la legittima degli altri figli, per la ragione che l'incapace a succedere era altresì incapace a far numero per accrescere la legittima a' capaci. Peregrino, *de fideicom.*, art. 38; Capicio, decis. 158; de Marinis, lib. 2, *resol.* cap. 93.

2.° La seconda quistione era, se le figliuole femmine le quali dallo statuto erano escluse dalla successione nell'eredità paterna doveano far parte o numero di figli, per accrescere nel citato esempio a'quattro fratelli la legittima fino alla metà della paterna eredità. Sembrò tanto astrusa la risoluzione di questa quistione al de Marinis, che insegnò nel lib. 2, *resol.* cap. 93, n. 5, di potere il giudice con buona coscienza inclinare all' una o all'altra opinione; ma de Franchis, dec. 549 riferisce che il Sacro consiglio, *junctis aulis*, decise addì 11 ottobre 1570 e posteriormente con altre decisioni, che nella liquidazione della legittima le femmine doveano annoverarsi. Era questa anche l'opinione del Presidente Fabro, *de erroribus prag.*, *decad. 12*, *error 8*, n. 11.

II. *Legittima, secondo il dritto consuetudinario napoletano.* Le consuetudini napoletane derogando al dritto romano contenevano regole speciali sulla legittima de'discendenti, degli ascendenti e de'collaterali, regole ch'erano una dipendenza naturale de'patti di famiglia e della conservazione de'beni.

1.° *Legittima de' discendenti per le consuetudini*—La legittima consuetudinaria de' discendenti non era la stessa nella successione paterna e nella materna, avendo il padre maggiore facoltà di disporre della madre. La consuetudine *si aliquis moriens*, tit. *de success. ex testam.* divideva il patrimonio del padre di famiglia in beni antichi, cioè provegnenti dalla paterna o materna linea, e beni acquistati dal testatore: i figliuoli aveano la legittima da'beni acquistati dal padre, e la metà degli antichi; ed in quanto a questi ultimi beni, fu una grave controversia tra i dottori se spettavano a' discendenti per *jus ereditario*, o per *provvidenza di legge*. I figli succedevano in *capita* ed i nipoti *in istirpes*.

In quanto alla eredità della madre, la consuetudine *si qua moriens*, tit. *de muliere habente filios* stabiliva che una donna potesse disporre della decima parte delle sue doti (a meno che il matrimonio non fosse stato contratto alla *nuova maniera*, nel qual caso la donna poteva disporre di tutta la dote, salva la legittima de' figli) e degli altri beni a lei pervenuti per successione o per altro titolo lucrativo dagli agnati e cognati suoi ; e le altre nove parti dovesse a'figliuoli lasciare egualmente. Di quello poi che il marito avea dato alla moglie durante il matrimonio, e della quarta che per avventura avesse avuto da altro marito dal quale non avesse figliuoli, poteva disporre a suo arbitrio, salvo a'genitori ed a'figliuoli dell'uno o dell'altro matrimonio, il doveroso sussidio de' beni, cioè la legitti-

830. Sono compresi nell' articolo precedente sotto nome di *figli* i discendenti in qualunque grando essi sieno; ma non si contano se non per quel figlio

---

ma. Se queste disposizioni riguardano anche i beni siti fuori il distretto di Napoli era una grande controversia tra i dottori, come può vedersi in de Franchis decis. 472 con le addizioni di Amendola.

Da ultimo è notevole in quanto alla legittima de' figli, che regnava una grande incertezza nel foro, se cioè le disposizioni delle citate consuetudini doveano anche osservarsi quando il padre o la madre lasciando discendenti avessero anche il padre sotto la cui potestà vivevano: vedi de Franchis, dec. 606, con le addizioni di Ricci e di de Luca; de Marinis, lib. 1, *resol.* 142, n. 1.

2.° *Legittima degli ascendenti.* Nella nota alla pag. 377, n. II riferimmo il testo della consuetudine *filiusfamilias*, dalla quale si rileva che il figlio di famiglia morendo senza discendenti dovesse lasciare la legittima al padre. Questa consuetudine comprendeva anche gli altri ascendenti, come pure obbligava i figli emancipati, mentre la legittima essendo un dovere di natura, non si estingue per lo scioglimento civile della patria potestà. Napodano, su d. *cons.*, n. 5. Ed in quanto alla legittima dovuta alla madre, non avendo la consuetudine disposto cosa alcuna, si entrava nelle regole del dritto comune: de Luca, osservaz. n. 3, alla decis. 485 di de Franchis.

Ma gli ascendenti aveano dritto alla legittima, se il matrimonio da cui è nato il figlio che dispone era stato contratto *alla vecchia maniera*, o secondo il *patto di Capuana* e *Nido*? (vedi la nota 2, pag. 267 a 269).

Se il matrimonio era stato contratto alla vecchia maniera, avea luogo la consuetudine *filiusfamilias*, secondo la quale il figlio dovea lasciare la legittima all'ascendente; *salvo bonorum sussidio,* eran queste le parole della consuetudine, dalle quale i comentatori desumevano che la legittima del padre o dell' avo paterno su' beni che al figlio eran pervenuti dalla madre o da' parenti materni era di un sestante dell' eredità: de Luca *osservaz. alla decis.* 486 *di de Franchis.* S' intende già che la disposizione della consuetudine avea luogo se i beni materni eran siti nel distretto di Napoli, poichè se eran fuori del distretto doveau eseguirsi le disposizioni del dritto romano: de Franchis, dec. 546 e 552.

Se poi il matrimonio era stato contratto *alla nuova maniera*, ossia secondo il patto di *Capuana e Nido* (vedi la nota alla pag. 269), il figlio non era tenuto a lasciare la legittima al padre, poichè costui rinunciò con tal patto ad ogni materna successione; de Franchis dec. 537 e 552; de Marinis; l. 1, cap. 70 e 345; Panzuto, *contr.* 18 e 19 — Ed è perciò che Stefano Gaeta *in additione ad consuet. filiusfamilias*, in versic. *licet ergo*, consigliò i padri a farsi instituire eredi da' figli, se bramassero di succedere a' beni cennati, poichè la disposizione testamentaria del figlio faceva cessare la disposizione del patto; e de Franchis, dec. 537, n. 4, e dec. 552, n. 3, riferisce che il Sacro consiglio sulla guida di Gaeta decise più volte che il padre e la madre, quantunque secondo l' uso de' nobili erano esclusi dalla successione ab intestato de'figli, potevano però da'medesimi essere instituiti eredi.

3.° *Legittima de' collaterali.* In quanto a' collaterali, le disposizioni del dritto romano che accordavano la legittima a' fratelli e sorelle germani o consanguinei nel caso fosse istituita erede una persona di turpe condizione, non erano derogate dal dritto consuetudinario. Oltre a ciò può considerarsi come una *legittima consuetudinaria* la metà de'beni che dovea lasciarsi a'parenti dalla linea de'quali i beni erano pervenuti al disponente. Così, la consuetudine *si quis vel si qua*, e l'altra *et si testator*, tit. *de success. morientis sine fil. ex testam.* prescrivevano che il testatore morendo senza figli poteva dei beni paterni, materni e di altri pervenutigli da agnati e cognati disporre liberamente della metà, e l'altra metà dovea lasciarsi a'più prossimi della linea d'onde eran pervenuti i beni: de' beni poi da se acquistati poteva il testatore liberamente disporre. I cognati e gli agnati succedevano a'beni antichi per provvidenza della consuetudine e non com'eredi, così che non eran tenuti a' pesi imposti dal testatore, eccetto il caso della cautela di *Socino*; de Franchis, dec. 84; Afflitt. dec. 347, con le osservazioni di Ursillo — La consuetudine cessava se al testatore sopravvivesse il padre la madre o altri ascendenti, ed il testatore perciò poteva testare secondo il *jus civile*, secondo osservarono Capyc. in d. *consuetud.* e Camillo Salerno ibid, let. D. Ma se il matrimonio era stato contratto alla *nuova maniera*, dovea sempre darsi la metà de'beni a'parenti della linea da cui eran pervenuti: de Luca, *osserv. alla dec. 537 di de Franchis.*

V. l'art. 661. che rappresentano nella successione del disponente (1).

831. Se il defunto in mancanza di figli lascia superstiti ascendenti in qua-

---

III.

Della legittima secondo il codice civile francese, e la legge del 26 gennajo 1816.

I. Si raccoglie dalle cose fin qui discorse qual era lo stato della patria giurisprudenza prima della riforma della legislazione, sulla porzione disponibile de' beni e per conseguete sul dritto della legittima. Anche in Francia, i paesi di dritto scritto, e quelli governati dal dritto consuetudinario aveano in questa materia sistemi diversi, quando scoppiata la rivoluzione, e crollato l'antico edificio politico, si cercò di scuotere anche l' edificio civile da'suoi fondamenti. L'eguaglianza era l'idea dominante, e Mirabeau perorò di doversi abolire la facoltà di disporre a titolo gratuito, e così i figli avere un dritto eguale su'beni degli ascendenti: vedi la nota 1, pag. 362. La legge del 7 marzo 1793 abolì la facoltà di disporre, ed in seguito l'eguaglianza tra i figli nella divisione delle successioni, venne estesa agli eredi in linea collaterale. Ciò dimostra che anche le leggi civili sono una dipendenza delle idee dominanti!

Caduto il potere rivoluzionario si decretarono varie leggi come il segnale del ritorno a'principî della giustizia e della sicurezza sociale, e quando si venne alla discussione del codice civile, si comprende bene con quanta profondità si dovette discutere il principio della porzione disponibile de' beni e della riserva. La sezione di legislazione propose di doversi stabilire una legittima per i discendenti, per gli ascendenti in mancanza di discendenti, e pe'fratelli e sorelle in mancanza di discendenti e di ascendenti.

La legittima de'figli fu proposta per tre quarti; quella degli ascendenti per la metà; e quella de' fratelli e sorelle per un quarto, senza che però questi ultimi potessero impugnare di riduzione le donazioni tra vivi precedentemente fatte dal defunto. Questo progetto presentato al consiglio di Stato fu accompagnato da un elaborato rapporto del sig. Bigot Préameneu. Dopo molte discussioni si negò a'collaterali il dritto alla legittima, e sulla quantità della legittima de'discendenti e degli ascendenti, il codice stabilì cogli art. 913, 915 e 916, che le liberalità per donazione o testamento non potessero eccedere la metà de'beni del disponente, se lasciava un solo figlio; il terzo, se due; il quarto se ne lasciava tre o un numero maggiore — Se il disponente lasciava soltanto ascendenti in linea paterna e materna, poteva disporre della metà de'beni, e de'tre quarti se ascendenti solo in una linea — I parenti in tutt'altro grado non aveano dritto ad alcuna riserva.

II. Le disposizioni del codice francese furono ne' dominî continentali del regno in osservanza dal 1 gennajo 1809 sino all'epoca della promulgazione della legge de'26 gennajo 1816. Con l' art. 13 di detta legge (riferito nella nota alla pag. 266, n. V) la legittima de' discendenti fu fissata alla metà de'beni del disponente, qualunque fosse il numero de'discendenti — Non si fece parola nella legge della quantità della legittima degli ascendenti, così che rimase in osservanza il codice francese. Ma è da osservarsi che avendo la legge del 1816 stabilito per la successione ascendentale un sistemo diverso dal codice francese (vedi la nota 2, pag. 259, e la nota alla pag. 269, n. IV), così è da ritenersi che in mancanza di discendenti, la legittima era dovuta nella metà de'beni al padre ed alla madre, se l'uno e l'altro vivevano, e di un quarto se viveva un solo genitore. In mancanza di genitori, avea dritto alla legittima in un quarto l'ascendente più prossimo, sia nella linea paterna, sia nella linea materna; e se nelle due linee vi erano ascendenti egualmente prossimi, la legittima era della metà, in modo che una metà della legittima si prendeva dall'ascendente o dagli ascendenti della linea paterna, ed una metà da quello o da quelli della linea materna.

III. Dopo il cammino che abbiamo percorso, non sarà difficile comprendere il sistema adottato dalle attuali *leggi civili* negli art. 829 e 831 sulla legittima e sulla facoltà di disporre a titolo gratuito. La storia della legislazione che abbiamo su questa materia discorsa ci fa comprendere le basi del sistema dalle nuove leggi adottato, distrigandosi la materia con principî che sono una dipendenza delle antiche discettazioni.

(1) Nella nota precedente si è diffusamente discorso la storia della giurisprudenza sulla legittima. Qui dobbiamo fermarci ad esaminare le disposizioni delle leggi vigenti sulla legittima.

Hanno in primo luogo dritto alla legittima i discendenti del defunto. La giustizia di questa disposizione è ormai evidentissima, ed è fondata sull'autorità de' secoli. Bentam, *traité de la legislation*, vol. 2, pag. 153 chiamò ingegnosamente la legittima, ***un mezzo prudente tra l'anarchia domestica e'l dispotismo paterno***.

lunque linea, le liberalità per atto tra vivi, o per testamento, non potranno diminuire la metà della quota che sarebbe loro spettata *ab intestato*. V. gli art. 668 669 e 671.

La disposizione degli art. 829 e 830 ci mena ad esaminare complessivamente: 1.° Quanta è la legittima o riserva de'figli; 2.° Qual è la legge che dee determinare la quota disponibile e le riserve; 3.° Quali figli àn dritto alla riserva; 4.° In che qualità si à dritto alla riserva; 5.° Quali sono gli oggetti che debbono o no essere imputati sulla riserva; 6.° Epoca nella quale si apre il dritto di riserva; 7.° Beni che debbono formare la massa sulla quale la riserva dev'esser presa; 8.° Se può gravarsi o diminuirsi la riserva; 9.° Come coloro che ànno dritto alla legittima possono essere esclusi.

I. *Quantità della legittima*—L'art. 829 non lascia alcun dubbio sulla quantità della legittima de' figli: dessa viene fissata alla *metà* del patrimonio del disponente, il quale può disporre à titolo gratuito della metà de'beni. Si vede bene che il legislatore à nelle *leggi civili* seguito il sistema che avea adottato con la legge de' 26 gennajo 1816 (vedi la nota alla pag. 266, n. V), e quindi avendo fissata invariabilmente la legittima alla metà, qualunque fosse il numero de'figli, sono sparite le difficoltà che il dritto di Giustiniano, la patria giurisprudenza ed indi il codice francese presentava, se cioè i figli incapaci, indegni o rinunzianti dovessero numerarsi per determinare la quota di riserva.

Abbiamo detto, che la legittima de'figli è la *metà* del patrimonio del disponente. Questa è la regola quando il disponente è maggiore, poichè se è minore, la legittima de' figli è di tre quarti, non potendo il disponente giunto a 16 anni, ma minore di 21, disporre che della metà di quello che la legge permette di disporre al maggiore; art. 820.

II. *Quale legge deve determinare la quota disponibile*—Attese le vicende della legislazione sulla quantità della legittima e sulla facoltà di disporre, possono esser frequenti le controversie, se la quota di cui un testatore o un donante può disporre in pregiudizio de' suoi eredi legittimi, debb'essere determinata dalla legge in vigore nel momento del testamento o della donazione, ovvero da quella vigente all'epoca della morte del disponente. Debbe farsi una distinzione fra le donazioni testamentarie e le donazioni tra vivi — In quanto a' testamenti, è chiaro che ricevendo il loro effetto dopo la morte del testatore, debbesi la legittima determinare secondo la legge vigente al momento dell'apertura della successione. Gli autori sono di accordo su questo punto: Chabot, *questions trans.*, v. *testament*, § 4 e 5; Merlin, rep. t. 16, v. *effect retroactif;* Levasseur, *de la quote disponible*, n. 192; Grenier, *donations*, n. 481, e nel rep. di Merlin, v. *riserve*, sez. 6; Duranton, t. 8, n. 316.

Per ciò che riguarda le donazioni tra vivi, Levasseur, n. 193 opina che le donazioni tra vivi debban subire le deduzioni ordinate nell'interesse degli eredi dalla legge vigente all' epoca della morte del donante, e la stessa dottrina vien professata senza discussione da Toullier, t. 5, n. 119. Per lo contrario Merlin, t. 16, v. *effect retroactif*, sez. 3, § 5, Chabot, *questions transit.*, v. *donations*, § 3, Grenier, *donations*, n. 441 e nel repert. di Merlin, v. *reserve*, sez. 6, Duranton, t. 8, n. 318 proclamano ragionevolmente il principio che le disposizioni irrevocabili, in ciò che concerne la quota disponibile, sono soltanto sottoposte alla legge vigente all'epoca della loro confezione. Le parti contrattando in una maniera irrevocabile sotto l'impero di una legge, vollero che la loro convenzione fosse regolata da questa legge; e quindi sarebbe rotta la irrevocabilità del contratto, se la legge nuova potesse stabilire regole su atti consumati e che ànno prodotto il loro effetto. Questa dottrina confermata in Francia dalla giurisprudenza di più arresti (in Dalloz, v. *dispositions entre vifs*, cap. 8, sez. 1, art. 2) è anche confermata dalla giurisprudenza della Corte Suprema di Napoli, la quale con molti arresti à stabilito il principio, che le donazioni fatte sotto l' impero delle vecchie leggi non sono riducibili che fino alla concorrenza del dritto che i legittimarî aveano all' epoca in cui le donazioni furon fatte; o in altri termini, la riduzione autorizzata dall'art. 837 regolar debbesi secondo le norme della legge imperante all'epoca della donazione: Arresti de' 27 novembre 1813 (causa *Perazzi* e *Mascioni*, *supp. alla collez. delle leggi*, p. 340); de'5 agosto 1817 (causa *del Vecchio*, ibid., p. 85); de' 14 gennajo 1836 (causa *Bianchi*); de' 9 giugno 1836 (causa *Cepolla* e *Coppola*); de'16 giugno 1836, (causa *Paolella* e *Paolella*).

III. *Figli che ànno dritto alla riserva*—Hanno dritto alla riserva:

1.° I figli legittimi:

2.° I figli legittimati per susseguente matrimonio, art. 255:

3.° I figli nati da un matrimonio nullo, ma contratto in buona fede da entrambi o da un solo de'conjugi, art. 191 e 192:

3.° I figli adottivi, art. 274, e nota 5, pag. 87:

4.° I figli naturali. In Francia questa proposizione è molto controvertita. Presso di noi non può cader dubbio che i figli naturali ànno nella successione della madre una le-

I beni per tal modo riservati a vantaggio degli ascendenti perverranno loro

gittima, come i figli legittimi, poichè per l'art. 674 i figli naturali succedono alla madre; vedi la nota 2, pag. 279 e 280. In quanto alla successione del padre naturale da cui il figlio è stato riconosciuto, siccome per l'art. 674 la quota del figlio naturale nella successione *ab intestato* varia secondo che concorre con figli legittimi, ascendenti o collaterali, così può stabilirsi, che la legittima del figlio naturale è di un quarto di quello che prenderebbe *ab intestato*, se il defunto à lasciato discendenti legittimi o ascendenti: è di un terzo, se il defunto à lasciato collaterali successibili; è della metà, se il defunto non à lasciato parenti successibili.

5.° I discendenti in qualunque grado sieno, vanno sotto il nome di *figli*, dice l'art. 830; ma esso aggiunge, che i discendenti non si contano se non per quel figlio *che rappresentano nella successione del disponente*. Sicchè i discendenti del figlio premorto, per dritto di rappresentazione prendendo il posto del loro padre, art. 660 e 661, ànno dritto alla legittima. Lo stesso dicasi de'discendenti, il cui padre quantunque vivo, non è loro di ostacolo la sua incapacità o indegnità per rappresentare i dritti di successione nella eredità del disponente: così i figli del condannato all'ergastolo rappresentano i dritti del loro padre nella successione dell'avo, art. 16, *leg. pen.*: lo stesso dicasi de'figli dell'indegno, art. 653: vedi la nota 1, pag. 264.

S'intende già che i discendenti che ànno dritto alla legittima in luogo di colui che rappresentano, debbono essere i discendenti *legittimi* del rappresentato, e non già i discendenti naturali. La rappresentazione suppone un rapporto di parentela tra il rappresentante e colui dalla cui successione si tratta; or non esiste parentela tra l'avo ed il figlio naturale del figlio legittimo. Del resto questo punto è controvertito, e vedi all'uopo la nota 2, pag. 280 e 281.

I discendenti legittimi del figlio adottivo rappresentano il padre nella successione dell'adottante: vedi la nota 5, pag. 87.

6.° I discendenti del figlio unico che à rinunziato, ànno dritto alla legittima, giacchè l'art. 830, assimila da principio, rispetto al dritto di riserva, i discendenti a'figli. Noi abbiamo detto i discendenti del figlio unico che à rinunziato, poichè se il disponente à lasciato più figli, i figli del rinunziante non ànno dritto alla legittima, art. 704 e nota 3, pag. 294.

IV. *Qualità del figlio per domandare la riserva*—Se la natura del dritto di riserva è subordinato alla qualità di erede, è stata una quistione che divideva gli antichi giureconsulti; ma oggi si conviene che la qualità di erede sia necessaria per conferire dritto alla riserva: vedi la nota 3, pag. 320.

V. *Quali sono gli oggetti che debbono essere o no imputati nella riserva*—Su di ciò vedi gli art. 789 e 790 con le nostre note dichiarative.

VI. *Epoca nella quale si apre il dritto di riserva.*—Il dritto di riserva si apre all'epoca della morte del disponente, poichè essendo attaccato al titolo di erede, non possono esservi eredi di una persona vivente: *viventis nulla est hereditas*. Da ciò nasce, che per conoscere se il defunto abbia o pur no ecceduto la quota disponibile, bisogna mirare, dice l'art. 837, al tempo in cui si apre una successione.

Questo principio soffre una eccezione per le figliuole che a'termini dell'art. 194 domandano una dote al padre pel loro stabilimento. La dote è un'anticipazione della legittima dovuta alle figlie sulla successione degli ascendenti. Questa eccezione è stata comandata da vedute di generale interesse, qual è il matrimonio delle figliuole.

VII. *De'beni che debbono formare la massa sulla quale la riserva dev'esser presa.* Su di ciò vedi l'art. 839.

VIII. *Se può gravarsi e diminuirsi la legittima*—Secondo l'art. 829 il disponente non può sulla legittima *imporre vincolo o peso veruno*. Lo stesso era chiaramente stabilito dalla legge 32 C. *de inoff. testam.* La legittima essendo un bene proprio a coloro che àn dritto di domandarla, *nemo rei alienae legem dicere potest*. Vedi la nota 2, pag. 320.

IX. *Come coloro che ànno dritto alla legittima possono essere esclusi* — Le cause per le quali le persone aventi dritto alla legittima, possono esserne escluse, sono la diredazione, l'indegnità, la prostituzione, l'incapacità, la rinunzia, il difetto d'inventario, la prescrizione:

1.° *Diredazione.* Le cause della diredazione tolgono all'erede la quota di riserva: art. 848, 849 e 850.

2.° *Indegnità.* L'indegno di succedere non à dritto alla legittima, per potersi reclamare la quale si dev'essere rivestito della qualità di erede: le cause dell'indegnità sono enumerate nell'art. 648.

L'indegnità però non è di ostacolo a'figli dell'indegno, se ne abbia, art. 653.

coll'ordine con cui la legge li chiama a succedere (1).

3.° *Prostituzione.* I genitori che eccitano, favoriscono, o facilitano la prostituzione o corruzione dei figli minori perdono il dritto alla legittima: art. 334, *leg. pen.*

4.° *Incapacità.* L'incapacità di succedere produce quella di chiedere una legittima, poichè la legittima non essendo che una porzione di ciò che si sarebbe avuto *ab intestato*, quando non vi è successione, non si può trarne il pagamento di un debito qual è la legittima—Per le cause dell'incapacità vedi l'art. 646 con le note dichiarative.

5.° *La rinunzia.* Non vi à luogo all'esercizio del dritto di riserva quando il legittimario rinunzia alla successione. Bene spesso avviene che il legittimario per attenersi ad una donazione che dovrebbe collazionare, rinunzia alla successione. È controvertito poi se il legittimario che rinunzia per attenersi ad una donazione, possa per via di eccezione ritenere la riserva: vedi la nota 3, pag. 320.

Egli è chiaro che la rinunzia per essere efficace dev'essere fatta dopo aperta la successione. La rinuncia fatta prima dell'apertura della successione non impedisce di reclamare la legittima, secondo la l. 35, § 1 C. *de inoff. testamento.* E l'art. 836 ripete questo principio, per allontanare ogni controversia che potrebbbe all'uopo elevarsi per effetto degli antichi usi patri, che ritenevano per efficaci le rinunzie delle donne passando a marito: vedi anche l'art. 708, e la nota 1, pag 298.

6.° *Difetto d' inventario.* Nell' antica legislazione e sotto l' impero del codice francese era molto controvertito, se il difetto d' inventario legale fosse un fine di non ricevere contro il legittimario. L'art. 722 delle nostre *leggi civili* nega al legittimario che non abbia fatto l' inventario il dritto di reclamare la legittima: vedi la nota 3, pag. 306.

7.° *Prescrizione.* L' esercizio del dritto di riserva si estingue colla prescrizione, come tutte le azioni ordinarie: cioè, con 30 anni contro gli eredi, donatari o legatari, art. 2168; e con dieci e venti anni contro le terze persone che avessero acquistato da essi in buona fede e con giusto titolo, art. 2171.

(1) I. Nella nota 1, pag. 387 e seg. si sono ricordate le difficoltà che si elevarono sotto la legislazione romana sulla quantità della riserva degli ascendenti. L'art. 915 del codice francese, sulla fissazione della legittima degli ascendenti, non era rimasto immune da moltissime censure elevate da'medesimi giureconsulti francesi, poichè dava luogo, fra le altre, alle seguenti tre serie difficoltà: 1.° Se gli avi aveano una riserva, come l'aveano i genitori; 2.° Se ne aveano una quando non erano chiamati a succedere *ab intestato*, per aver lasciato il defunto fratelli o sorelle, o discendenti da questi fratelli o sorelle; 3.° Se il disponente lasciando i genitori con fratelli o sorelle, o discendenti da essi, la riserva era la metà di tutt'i beni, o pure la metà de'beni che sarebbero spettati a colui al quale doveasi la riserva a titolo di porzione ereditaria.

Tutte queste difficoltà sono sparite presso di noi, pel sistema adottato dal art. 831 coordinato agli art. 668, 669, 671. La riserva degli ascendenti è la metà della quota che sarebbe loro spettata *ab intestato*. E se vi sono più ascendenti, la riserva debb' essere raccolta nell' ordine medesimo col quale avrebbero raccolto la successione. Veniamo alle ipotesi.

Prima ipotesi. Il defunto che à fatto disposizione lascia il padre, la madre, gli avi, senza fratelli o sorelle, o discendenti da questi ultimi.

In questa ipotesi è evidente, che la eredità *ab intestato* sarebbe tutta raccolta dal padre e dalla madre, esclusi gli altri ascendenti in grado superiore, art. 668. È senza difficoltà quindi che la riserva del padre e della madre è la metà di tutt'i beni, il che costituisce un quarto per cadauno.

Seconda ipotesi. Il defunto lascia la madre o il padre, l'avo materno o paterno, senza fratelli o sorelle, o loro discendenti. In tale ipotesi, la madre il raccoglierebbe *ab intestato* tutta l'eredità, quantunque nell'altra linea esistesse l'avo paterno, art. 669. La riserva quindi della madre è della metà, senza che l'avo paterno avesse alcun dritto a titolo di riserva.

Terza ipotesi. Il defunto lascia il padre e la madre, o un solo di essi, o in loro mancanza un ascendente in grado superiore; lascia inoltre de'fratelli o delle sorelle, o discendenti da questi ultimi. Egli è facile anche in questa ultima ipotesi conoscere quale sia la riserva dell' ascendente o degli ascendenti. *Ab intestato*, gli ascendenti ed i collaterali dovrebbero succedere in porzioni eguali, e quindi l' ascendente o gli ascendenti ànno per riserva la metà della quota che loro sarebbe spettata ab intestato.

II. La legge chiama gli ascendenti in mancanza di figli. Ma se il figlio che muore non lascia figli legittimi, ma un figlio adottivo, l'adozione priva il padre e la madre del loro dritto di riserva sulla successione dell'adottante? Il codice prussiano, 2. parte, tit. 2, sez. 6, n. 672 decideva la negativa, a meno che i genitori non avessero acconsentito all' adozione. Questa disposizione sembra a Toullier, t. 2, n. 1012, nota 2, infinitamente saggia,

832. In mancanza di ascendenti e di discendenti, si potrà disporre della totalità de beni tanto per atti tra vivi, che per testamento (1).

833. Quando la disposizione per atti tra vivi o per testamento sia di un usufrutto, o di una rendita vitalizia, il cui valore ecceda la porzione disponibile, gli eredi a vantaggio de' quali la legge fa una riserva, potranno scegliere o di eseguire tal disposizione, o di abbandonare la proprietà della porzione disponibile (2).

---

e secondo lo spirito del codice. Per lo contrario Grenier, *adoption*, n. 42 pensa, che i genitori perdono il loro dritto di riserva, perchè, egli dice, non può considerarsi l'adozione sotto lo stesso aspetto di una disposizione gratuita. Si può aggiungere, in sostegno dell'opinione di Grenier, che convenendosi di avere il figlio adottivo dritto alla riserva, non possono contemporaneamente aver dritto alla riserva il figlio adottivo e l'ascendente: nell'esistenza dunque del figlio adottivo cessa ogni dritto dell'ascendente.

III. Un ultimo esame è di conoscere, se la madre naturale, ed il padre naturale, qualora questi abbia riconosciuto il figlio, abbiano un dritto di riserva su' beni del figlio naturale morto senza prole. In quanto alla madre naturale, presso di noi non può dubitarsi che abbia dritto alla riserva, perciocchè il figlio naturale succedendo alla madre, art. 674, ed avendo un dritto di riserva su' beni di costei, la reciprocanza è che abbia egualmente una riserva su' beni del figlio naturale.

Per ciò che riguarda il padre, esssendosi stabilito nella nota precedente che il figlio naturale à dritto alla riserva, ed in Francia è questa l'opinione più ricevuta, la reciprocanza dev' essere la stessa su tutt' i punti, non dovendo il figlio naturale godere maggior favore de'suoi genitori, sotto il rapporto della riserva.

(1) Un uomo nulla deve a'suoi fratelli ed alle sue sorelle; egli non à dato loro l'esistenza, non l'à da essi ricevuta; chepperciò nessun motivo obbliga ad assicurar loro la sussistenza, nè conseguentemente a serbar loro una certa porzione de' suoi beni. Se il dritto romano accordava a'fratelli e sorelle una legittima quando il disponente avea istituito erede una persona turpe, l'era più per riparare un oltraggio all'onore della famiglia, che per un dovere. E se le riserve consuetudinarie venivano per le consuetudini del regno ammesse a favore de'collaterali, come osservammo nella nota alle pag. 390 e 391, ciò era una conseguenza del principio della conservazione de'beni nelle famiglie. Ma dopo che cangiati i costumi non esistono più i motivi che determinarono in un caso speciale la riserva de'collaterali per dritto romano; dopo che la legge à dichiarato liberi i beni, ed invece della conservazione degli stessi nelle famiglie, è un principio fondamentale della moderna organizzazione politica, la rapidità del moto commerciale e la libera circolazione de'beni, « lasciate, lasciate » un'assoluta libertà; che l'uomo che travagli sappi che potrà disporre della sua fortuna: che » l'uomo che si procurò de' mezzi, sia assicurato di trovare delle consolazioni; che l'uomo che conosce il valore delle affezioni, non temi di essere avvicinato che dall'interesse; che colui che vuol succedere sappi meritarselo; lasciate dunque un libero corso agli » affetti. Che l'uomo vivendo possi fare quelle transazioni che gli convengono; ch'ei non » abbi innanzi gli occhi un erede necessario, che gli rimproveri la lunghezza della sua » esistenza; che non sii l'uomo esposto, nel suo esistere, a fare degli atti fittizi o temerari; che, dopo la sua morte, non si vedi insorgere una scandalo a lotta fra l'erede di legge e quello di volontà; in fine che un testamento possa tutto regolare: *dicat testator et » erit lex*: parole che ci sono state trasmesse da' primi legislatori ». Così si espresse Jaubert nel rapporto fatto al Tribunato, in Locré 5, p. 349, n. 25.

(2) Si è osservato nella nota precedente pag. 394, n. VIII, che la riserva non può esser gravata in pregiudizio de'legittimari, perchè altrimenti essi non l'avrebbero più tutta intera e tale che la legge vuole che ne ottenessero la quantità determinata in esclusione di tutti gli altri.

Era intanto una quistione molto controvertita nell' antico foro, se i figli erano obbligati di sottomettersi alla volontà del padre, allorchè il peso di un usufrutto o di una rendita vitalizia era dall'altra parte compensata col vantaggio di una maggior quota che gli era lasciata in proprietà. Gallum, *tractatu de fructibus*, disput. 15, art. 2; de Franchis, *decis*. 293, n. 11, cum Amendola.

L'oggetto dell' art. 833 è stato appunto di fare sparire questa difficoltà, difficoltà che dipendeva dalla valutazione che bisognava dare all'usufrutto ed alla rendita vitalizia, la cui durata incerta ne rende necessariamente incerto il valore. Quindi l'art. in esame stabilisce, che se il disponente à assoggettato tutta o parte de' suoi beni ad una rendita vitalizia, o à disposto dell'usufrutto, gli eredi della riserva ànno la scelta di soffrire l'esercizio del dritto donato, o di far l' abbandono della quota disponibile in proprietà. Niuno à dritto di dolersi: non il donatario, cui si lascia in proprietà quanto il defunto poteva do-

834. Il valore in piena proprietà de' beni alienati ad una persona in grado di succedere in linea retta, sia col peso di una rendita vitalizia, sia a *fondo perduto*, o con riserva di usufrutto, sarà imputato nella porzione disponi-

nare: non gli eredi della riserva, poichè, stante la scelta che loro accorda la legge, possono in taluni casi avere un grande interesse ad abbandonare la proprietà della porzione disponibile, anzichè soffrire un usufrutto oneroso, la cui durata può eccedere quella della loro vita, ed esporli intanto a perir di bisogno; *filii forte fame peremptis*, dice a questo riguardo la novella 18, cap. 3.

Ma sopra questo abbandono si è elevata una difficoltà veramente seria. Perchè gli eredi i quali ànno il dritto di riserva, possano fare tale abbandono, v'à forse mestieri innanzi tutto di una precedente valutazione di periti, onde conoscersi se siavi oppur no, nella disposizione, eccesso della porzione disponibile? Ovvero cotesti eredi, giusta la loro propria opinione sull' eccesso della disposizione, sono ammessibili ad abbandonare la proprietà della quota disponibile? La prima opinione è stata manifestata dal relatore del Tribunato, Jaubert, il quale si espresse in questi termini: « Non vuol la legge che sotto il » pretesto di ritrovare la riserva possano gli eredi alterare delle disposizioni dettate dalla » benevolenza, oppure dalla convenienza. Se si tratta adunque di una disposizione che » cadi su un usufrutto o su una rendita vitalizia, gli eredi non avranno il dritto di non » conoscerla, per quel solo motivo che li determinerebbe ad abbandonare la proprietà » della quota disponibile. *Un necessario preliminare si è quello, che venghi stabilito che* » *la liberalità ecceda la quota disponibile* ». Locré, t. 5, p. 351, n. 36 — Ed aggiunge Levasseur, *de la quote disponible*, n. 88, che le parole dell'art. 833, *il cui valore ecceda la porzione disponibile*, dimostrano che gli eredi per esercitare la scelta in parola, è necessaria una precedente valutazione.

La contraria opinione sostenuta da Grenier, *donations*, t. 2, n. 628, da Toullier, t. 5, n. 142, da Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 85, da Proudhon, *de l'usufruit*, n. 338, e da Duranton, t. 8, n. 345, è basata su solidi ragionamenti, ed è conforme allo scopo della legge. L'unico scopo dell' art. 833, è stato di stabilire che la donazione in usufrutto o in rendita vitalizia, non potrebb' essere ridotta che alla proprietà della quota disponibile, e non ad un usufrutto o ad una rendita vitalizia che corrispondessero solamente alla rendita della quota disponibile. Questa idea si raccoglie dacchè nella prima compilazione dell'art. (in Locré 5, p. 223, n. 2) era detto che « gli eredi ànno la scelta o di eseguire le disposi» zione, *o di fare l' abbandono della porzione disponibile* ». Il tribunato (Locré 5, p. 292, n. 15) a maggior chiarezza propose di sostituire alle parole, *o di fare l'abbandono della quota disponibile*, le altre che son passate nell'articolo, *o di fare l'abbandono* DELLA PROPRIETA' *della quota disponibile*. L' usufruttuario quindi o il pensionista convenuto dall' erede della riserva per la riduzione della disposizione, non à altro dritto che di domandare *in proprietà* la quota disponibile, ma non può opporre che i periti stabiliscono se il valore dell' usufrutto o della pensione ecceda la quota disponibile: la legge che lascia la scelta agli eredi li rende giudici della loro causa. Egli è vero che gli eredi non sarebbero così leggieri di abbandonare la proprietà della porzione disponibile, se questa non fosse inferiore alla disposizione dell'usufrutto; ma da ciò non segue che la scelta degli eredi sia subordinata ad una valutazione preliminare dell'usufrutto, sempre dispendiosa, necessariamente incerta ed arbitraria, perchè dipende dalla vita degli usufruttuari e dal loro numero.

Nè le parole dell' art. 833, *il cui valore ecceda la porzione disponibile*, giustificano a sufficienza la opinione contraria. Primamente, queste parole non si trovano nella prima compilazione determinata all'epoca della discussione del consiglio di Stato, ed il processo verbale non esprime il motivo della loro aggiunzione colla quale l' articolo venne poscia presentato al tribunato. In secondo, non si può inferire da queste parole, *il cui valore ecceda la quota disponibile*, che il legislatore abbia voluto che la disposizione non potess'essere disnaturata nel suo oggetto, che ogn'individuo potesse farla in usufrutto, purchè giusta un computo di paragone col valore della massa de' beni, la disposizione non eccedesse il valore della quota disponibile. Si apprende dalla discussione del consiglio di Stato (in Locré, t. 5, p. 235, n. 9) e soprattutto da ciò che fu detto da Tronchet e da Treilhard, che l'unico scopo dell'art. 833 fu di fissare la facoltà dell'abbandono, da parte degli eredi che ànno un dritto di riserva, della proprietà della quota disponibile. Gli eredi dunque sono i soli giudici sul punto se la disposizione in usufrutto ecceda la quota disponibile, altrimenti non sarebbe conseguito lo scopo della legge (*).

(*) Duranton, t. 8, n. 247 e Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 85 osservano, che malgrado la volontà de' compilatori del codice di prevenire la valutazione di dritti d'indeterminato valore, nondimeno, in taluni casi, si dee ricorrere a tale valutazione. Così, se un testatore à fatto diversi legati, gli uni di

bile; e l'eccedente, se ve n'è, sarà conferito nella massa. Questa imputazione e questa collazione non potranno esser domandate da coloro fra i successori in linea retta, che avessero prestato il loro consenso all'alienazione, nè in verun caso da' successori in linea traversale (1).

835. La porzione disponibile potrà esser data in tutto o in parte, così per atto tra vivi, come per testamento, a' figli o ad altri successori del donante, senza che il donatario o legatario venendo a succedere, sia obbligato a farne

---

Il legatario dell' usufrutto per altro à dritto di domandare all' erede una pruova che i beni abbandonati equivalgono a tutta la porzione disponibile. Questa pruova è quella di un inventario regolare, non esibendo il quale, non può il legittimario avvalersi della scelta che l'art. in esame gli accorda, art. 722.

La legge non esige il consenso di tutti gli eredi alla scelta; ciascun legittimario può dunque, per la sua parte o eseguire la disposizione, o fare il rilascio; Grenier, t. 2, n. 638; Toullier, t. 5, n. 143; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 85; Proudhon, n. 342—*Contra*, Duranton, t. 8, n. 346, per arg. degli art. 699, 1516 e 1531.

(1) I beni alienati a titolo oneroso non entrano nella massa che si dee comporre per determinare la quota di riserva. L'art. presente fa una eccezione per le alienazioni fatte ai successori in linea retta sia col carico di una rendita vitalizia, sia a fondo perduto, sia con riserva di usufrutto.

L'alienazione *col peso di rendita vitalizia*, à luogo, quando si dona o si aliena mediante una rendita pel corso della vita del venditore o donatore, art. 1840 e 1841.

L'alienazione *a fondo perduto* risulta da un atto il quale trasmette all'acquirente la proprietà, sia di un immobile, sia anche di una somma, o mediante la prestazione di una rendita vitalizia qualunque, o mediante il godimento che venisse conferito a colui che aliena, di un diritto qualunque per la sua vita; questo diritto constituirebbe il fondo che sarebbe perduto per la sua successione, e che ritornerebbe all'acquirente.

Finalmente, *l'alienazione con riserva di usufrutto*, è quella della nuda proprietà, sotto la riserva dell'usufrutto in favore di colui che aliena. L'alienazione può essere nel tempo stesso con riserva dell'usufrutto, ed a peso di rendita vitalizia, come se, oltre la riserva dell'usufrutto, l'acquirente dovesse pagare una rendita vitalizia a colui che aliena; il che avviene sovente.

Stabilite le tre specie di convenzioni che per l'art. in esame sono reputate gratuite, conviene notare le seguenti riflessioni:

1.° L'art. in esame à indicato gli atti che sono riputati fraudolenti, ossia estende le sue disposizioni alle alienazioni con riserva di rendita vitalizia, a fondo perduto, o con riserva di usufrutto, che sono sempre presunte a titolo gratuito, presunzione che non ammette pruova in contrario, art. 1306;

2.° L'articolo non è applicabile alle alienazioni fatte mediante un prezzo in contante o pagabile a tempo determinato: il trasferimento definitivo della proprietà nelle mani dell'acquirente non costituisce ciò che la legge chiama *fondo perduto*. Se dunque una vendita ordinaria contiene una donazione simulata, se ne debbono determinare gli effetti colle regole degli atti simulati. Grenier *donations*, n. 639; Levasseur, *de la quote disponible*, n. 170; Maleville, sull'art. 918 (834); Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 59; Duranton, t. 7, n. 332 e seg.

3.° Le alienazioni ch'entrano nelle specie indicate dall'art. 834 si presumono a titolo gratuito, quando sono fatte *ad una persona in grado di succedere in linea retta*. Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 57 opina che le parole *in linea retta* debbono applicarsi soltanto a'discendenti, così che le alienazioni fatte da' discendenti agli ascendenti non possono presumersi a titolo gratuito. Questa opinione sembra contraria al testo della legge.

4.° Riputandosi a titolo gratuito le alienazioni fatte a' successori *in linea retta*, ne segue che le alienazioni che entrano nelle specie indicate dall'art. 834, fatte a estranei o a

---

corpi certi e gli altri di usufrutti o di rendite vitalizie, e tutti questi legati eccedano la quota disponibile, dovendo la riduzione cadere *pro rata* su tutt'i legati, art. 843, converrà allora stimare necessariamente il valore di ciascun legato particolare. Del pari, se un defunto avesse successivamente donato due rendite vitalizie, o due dritti di usufrutto, e i legittimari pretendessero che la riduzione debba cadere sull'ultima non solo, ma anche sulla prima, ciascun donatario potrebbe domandare che si stimasse il valore della donazione fatta all'altro.

Circa al modo da tenersi per valutare un dritto di usufrutto, le leggi civili non ne offrono alcuno. Nella nota 1, pag. 157 esponemmo il sistema dell' antica legislazione. La legge di espropria del 29 dicembre 1828, nell'art. 86, n. 4 stabilisce: « Per l'usufrutto, il creditore istante farà egli un'offerta di » prezzo, avuto riguardo alle circostanze che possono prendersi in considerazione per aumentare o diminuire il prezzo.

la collazione; purchè però la disposizione sia stata fatta espressamente a titolo di anteparte o di prelegato. V. gli art. 762 e 768.

La dichiarazione che la donazione o il legato è a titolo di anteparte o di prelegato, potrà farsi tanto coll'atto stesso che contiene la disposizione, quanto con un atto posteriore nella forma delle disposizioni fra vivi o testamentarie (1). V. gli art. 855 e 894.

---

collaterali sono vere alienazioni a titolo oneroso: possono essere fraudolente, ma bisogna allora provare la frode. Potrebbe la frode risultare dall'atto medesimo, se la rendita vitalizia non eccedesse l'entrata de' beni alienati, o non venisse dato un prezzo alla proprietà, nel caso di alienazione con riserva di usufrutto. Pothier, *de la vente*, n. 615; Grenier, n. 641; Levasseur, n. 175; Toullier, t. 5, n. 134.

5.° Tutto ciò ch'è alienato co'caratteri dell'art.834, può essere impugnato da'soli eredi che ànno dritto a riserva, e lo stesso art. soggiunge che non mai *da' successori in linea trasversale*. La ragione n'è, che i collaterali essendo privati del dritto di riserva, non potrebbero impugnare l'atto, sotto qualunque rapporto che si potesse considerarlo, o come vendita, o come donazione, sia reale, sia mascherata.

6.° Riputate gratuite le alienazioni fatte a' successori in linea retta, dovrebbero collazionarsi per la regola generale contenuta nell'art. 762. L'art. in esame rispetta le alienazioni, e la proprietà rimane a colui che l'à acquistata (*), ed obbliga l'acquirente ad imputare nella quota disponibile, ed a conferire l'eccedente, *il valore in piena proprietà dei beni alienati*. Quindi la disposizione s'imputa prima sulla porzione disponibile, e l'eccedente di questa disposizione si conferisce nella successione. Questa imputazione però e questa collazione, è nell'esclusivo interesse degli eredi della riserva, e non de' collaterali, e molto meno degli estranei. Da ciò nasce, che per determinare la disponibile per rispetto al donatario o legatario estraneo, conviene considerare la vendita com' effettiva, non avendo l'estraneo dritto a domandarne la collazione come donazione. Al contrario trattandosi di regolare i dritti de'legittimarî, saran compresi nella massa, oltre i beni donati all'estraneo, anche quelli venduti a fondo perduto alla persona ch' è in grado di succedere. Levasseur, n. 177.

7.° I successori in linea retta, che avranno prestato il consenso alle alienazioni, non possono dimandare la imputazione e la collazione, dice l'art. in esame. La legge à vietato la parola *eredi*, poichè i parenti non àn tale qualità, se non all'epoca della morte; si contenta del consenso de'*successibili*, ossia di coloro ch'esistevano all' epoca dell' alienazione. Che perciò, coloro che fossero in grado di succedere solo nel giorno dell' apertura della successione, senza esserlo stato nel tempo del contratto, non àn dritto a domandare la imputazione e la collazione sul motivo della mancanza del loro consenso; poichè per essi vale quello de'successibili nel momento della stipulazione dell'atto. Questo è il solo caso in cui gli eredi sono vincolati da un consenso dato in vita di colui, della cui successione si tratta: Grenier, t. 2, n. 642; Toullier, t. 5, n. 132, nota. *Contra*, Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 62.

È fuor di dubbio, che se, fra i successibili, ve ne fossero che avessero dato il loro consenso, ed altri no, allora la medesima alienazione verrebbe considerata a titolo oneroso riguardo a'primi, e come disposizione gratuita riguardo agli ultimi. Ciò è fondato sul perchè i diritti di coloro a'quali la legge accorda una riserva, sono divisibili tra essi, e perchè il fatto di uno di essi non può profittare nè nuocere agli altri. Levasseur, n. 175; Grenier, n. 644; Toullier t. 5, n. 132, nota; Duranton, t. 7, n. 328, nota 1.

8.° Il successibile che deve fare la imputazione e la collazione nel modo espresso, non può dedurre le somme ch'egli pretendesse aver pagate a colui che avesse alienato col peso della rendita vitalizia, o a fondo perduto, e che sorpassassero la rendita di cui avesse disposto. Ciò risulta dalle parole impiegate nell'art. *il valore in piena proprietà sarà imputato* ec. Il successibile che sottoscrive gli atti enunciati dall'art. in esame, conosce pur troppo a che si espone, e perciò non à dritto ad alcuna restituzione. Un atto inoltre non può essere simultaneamente nella sua essenza, ed a titolo gratuito, ed a titolo oneroso Grenier, t. 2, n. 643; Toullier, t. 5, n. 133; Delvincourt, lib. 3, tit. 4 nota 60—*Contra*, Maleville, e le pandette francesi, sull'art. 918 (834), e Duranton, t. 7, n. 337 e t. 8, n. 329.

(1) Che la quota disponibile possa donarsi a chi piace al disponente, è un oggetto fuori controversia. Perchè dunque si è voluto con una espressa disposizione stabilire, che la quota disponibile può lasciarsi in tutto ò in parte ad uno de'figli, o ad altri eredi del dispo-

---

(*) Rapporto di Jaubert, in Locré 5, p. 351, n. 37.

V. gli art. 708, 1084, 1343 e 1345.

836. Non è permesso a' genitori o ad altro ascendente transigere col figlio, o colla figlia, circa la legittima che ad essi potrà spettare dopo la loro morte; donando con questa legge, pagando, o promettendo anticipatamente qualche fondo, somma, o altro. Tali transazioni non saranno valevoli, nè impediranno al figlio o alla figlia il diritto di pretendere la quota spettantegli dopo la morte del padre, o della madre, imputando in quella i beni e le quantità ricevute (1).

V. gli art. 789 e 790.

SEZIONE II.

Della riduzione delle donazioni e de' legati (2).

837. Le disposizioni tanto fra vivi, che per causa di morte, le quali ec-

---

nente? Perchè in Francia su questo punto vi era una diversità di legislazione prima del codice civile. I paesi del dritto scritto seguendo la legislazione romana, ammettevano che il disponente potesse scegliere tra gli eredi, coloro che volesse gratificare, sia con istituzione di erede, sia diversamente. I paesi poi governati dal dritto consuetudinario, aveano regole diversissime tra loro. Alcune consuetudini permettevano ad uno de' figli di essere ad un tempo, donatario, legatario ed erede, assicurandosi agli altri figli la legittima. Altre consuetudini distinguevano la linea retta dalla collaterale, e la qualità di donatario tra vivi con quella di legatario.

Il codice civile quindi volendo stabilire l'uniformità nella legislazione, ritenne con l'art. 919 uniforme all'art. in esame, che gli eredi presuntivi sono capaci di ricevere a titolo di donazione tra vivi o di legato, tutta o parte della quota disponibile, con l'obbligo della collazione, purchè però la disposizione non fosse stata fatta a titolo di anteparte. L'obbligo della collazione era una conseguenza pel codice francese dell'art. 843 (*662 modificato*) che sottoponeva alla collazione sì le donazioni che i legati.

Ma i compilatori delle nostre leggi ritenendo l'art. 835 nello stesso modo com'era concepito l'art. 919 del codice francese che obbligava l'erede a mettere in collazione il legato della quota disponibile, obliarono che con l'art. 768 si era stabilito di non andar soggetti i legati a collazione. Bisognava quindi modificare l'art. 835 nel modo seguente. Se della quota disponibile si era disposto a favore di uno de' figli o di altri successori con atto di donazione tra vivi, come le donazioni tra vivi sono soggette a collazione, art. 762, per riputarsi fatte sulla quota disponibile e non andar soggette a collazione, conveniva stabilire che era necessaria la dichiarazione di essersi fatta a titolo di precapienza. Ma disponendosi della quota disponibile con testamento, la natura del legato esclude l'obbligo della collazione (vedi la nota 3, pag. 318, e la nota 2, pag. 321), e non si comprende quindi perchè l'art. in esame richiede la dispensa dall'obbligo della collazione per esser dispensato il legatario della quota disponibile dalla collazione.

La legge però avendo stabilito, si possono far voti per la riforma, ma non appartiene a' giudici di allontanarsi dalle sue disposizioni. Dovendosi però trovare un modo per conciliare la legge con se medesima, non dovendo supporre delle antinomie, bisogna ritenere, per mettere in concordanza gli art. 768 e 835, che l'art. 768 à stabilito in regola che i legati particolari fatti a chiunque ed anche agli eredi della riserva, non van soggetti a collazione, come anche non lo sono i legati universali o titolo universale fatti a' successori che non àn dritto a riserva. I legati poi universali o a titolo universale (e tali sono i legati di tutta o parte della disponibile, secondo gli art. 929 e 964) fatti agli eredi della riserva, per essere dispensati dall'obbligo della collazione, è necessario che il disponente l'avesse dichiarato.

Il secondo comma dell'art. in esame stabilisce le forme della dichiarazione dell'*antiparte* o *prelegato*. Questi termini però non sono sacramentali: vedi la nota 1, pag. 320.

(1) Questo art. nuovo nelle nostre leggi à per oggetto di vietare le transazioni sulla legittima. Anche senza di questa disposizione, la legittima per i principî generali del codice, non potrebbe formare oggetto di convenzione o di rinuncia prima dell'apertura della successione, poichè le rinuncie ed i patti successori sono vietati: vedi gli art. 708, 1084, e la nota 1, pag. 298 e 299.

(2) Le donazioni ed i legati ch' eccedono la quota disponibile non sono annullate, ma semplicemente riducibili, per la ragione che gli eredi della riserva, ottenuta la quota di beni che gli spetta a titolo di legittima, il defunto poteva liberamente disporre del rimanente del suo patrimonio.

cederanno la porzione disponibile, potranno esser ridotte alla detta quota al tempo in cui si apre la successione (1). V. gli art. 840 842 e 1045,

838. La riduzione delle disposizioni fra vivi non potrà esser domandata se non da quelli, a vantaggio de' quali la legge ha stabilito la riserva, da' loro eredi, o da quelli che da essi hanno causa: i donatarj, i legatarj, i creditori del defunto, non potranno domandare tal riduzione, nè profittarne (2). V. gli art. 722, 829, 831, 698, 1119.

Non bisogna però confondere la riduzione per somministrare la riserva, col dritto di far ridurre disposizioni eccessive per causa d'incapacità, come nel caso di quelle fatte da un minore. L'azione di riduzione per causa d'incapacità compete a qualunque erede, perchè la incapacità del disponente a disporre di tutto il patrimonio è nell'interesse degli eredi *ab intestato*. Qui il legislatore si occupa della riduzione per somministrare a' legittimari la riserva; ma le stesse regole sono applicabili alla riduzione delle liberalità per incapacità del disponente.

La materia della riduzione è trattata così: 1.° gli art. 837 e 838 determinano quando e da chi può esser domandata la riduzione; 2.° l'art. 839 stabilisce, quali beni debbono entrare nella massa da formarsi per conoscere se vi sia eccesso nelle donazioni, e come si debbono valutare questi beni; 3.° gli art. 840 a 847 regolano il modo con cui si effettua la riduzione. I motivi poi d'inammessibilità alla domanda di riduzione sono: 1.° la mancanza d'inventario, art. 722; 2.° la rinuncia alla successione, vedi la nota 3, pag. 320; 3.° l'accettazione delle disposizioni del defunto; 4.° la prescrizione, art. 2168.

(1) Il dritto di chiedere la riduzione delle disposizioni a titolo gratuito, le quali eccedessero la quota disponibile, non può sperimentarsi, dice l'art. in esame, *che al tempo in cui si apre la successione*, perciocchè prima del tempo della morte non si può sapere se vi saranno eredi che abbiano dritto di domandare la riduzione, e quanta dev'essere la riduzione.

L'oggetto adunque dell'art. 837 è di fissare l'epoca in cui si apre il dritto di domandare la riduzione; ma non debbesi dalla sua disposizione dedurre che la estensione della riserva sia sempre determinata dalla legge vigente all'epoca dell'apertura della successione; poichè abbiamo oservato nella nota alla pag. 392, n. II, che dovendosi domandare la riduzione di una donazone tra vivi, la riserva si regola a norma della legge vigente all'epoca in cui la donazione fu fatta.

(2) Nel determinare questo articolo da chi può esser domandata la riduzione delle donazioni, dà luogo alle seguenti disamine.

1.° Se gli eredi della riserva per domandare la riduzione debbano essere rivestiti della qualità ereditaria, e su questa discussione vedi la nota 3, pag. 320.

2.° Come gli eredi del legittimario o i costui aventi causa possono esercitare l'azione di riduzione. In quanto agli eredi, si comprende che acquistato il dritto dal legittimario ch'è morto prima di averlo esercitato, trasmette questo dritto a'suoi eredi, art. 698.

In quanto agli *aventi causa* del legittimario, essi sono i cessionarî o i creditori. I creditori in vero possono, esercitando le ragioni del loro debitore, farsi autorizzare ad accettare fino alla concorrenza de'loro dritti la legittima che il loro debitore à rinunziato, art. 705 e 1119: Osservazioni del tribunato in Locré 5, p. 293, n. 19; Grenier *donations*, n. 593; Toullier, t. 5, n. 120; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 66.

3.° I creditori del donante, dice l'art. in esame, non possono domandare la riduzione, *nè profittarne*, ossia i beni che l'azione di riduzione esercitata dal legittimario fa rientrare nell'eredità non sono vincolati a' debiti del donante defunto. Questa disposizione è il prodotto delle più profonde discussioni ch'ebbero luogo sul proposito nel consiglio di stato di Francia, e non se ne può comprendere la forza che dando un rapido cenno sulla genesi dell'articolo.

Due punti si misero in discussione nella redazione di questo art. 1.° Se bisognava accordare l'azione della riduzione delle donazioni tra vivi a'creditori del defunto; 2.° Se negata quest'azione, i creditori medesimi potessero profittare della riduzione, laddove si fosse esercitata dal legittimario.

Sul primo punto, la maggioranza del consiglio si pronunziò contro i creditori del defunto, per la ragione che i creditori o sono ipotecarî, o chirografarî. I creditori ipotecarî anteriori alla donazione, che ànno conservato il loro dritto con le formalità prescritte dalla legge, possono ripetere il loro credito su'beni donati, non perchè li trovano nella successione, ma perchè sono gravati di una ipoteca a loro profitto. Al contrario, i creditori chirografarî anteriori alla donazione ed i creditori chirografarî posteriori, non ànno alcun dritto su'beni donati, sì perchè i beni non sono ipotecariamente obbligati al loro credito, sì perchè i beni usciti dal patrimonio del defunto non ànno offeso i dritti de' creditori chirografarî.

839. Si determina la riduzione formando una massa di tutti i beni esistenti alla morte del donante o del testatore. Vi si riuniscono fittiziamente quelli de' quali è stato disposto a titolo di donazione fra vivi, secondo il loro stato all'epoca delle donazioni, e'l loro valore al tempo della morte del donante. Si calcola sopra tutti questi beni, dedotti i debiti, qual sia la porzione di cui egli ha potuto disporre, avuto riguardo alla qualità degli eredi che lascia (1).

Sul secondo punto, se cioè rientrati i beni donati nella massa della successione per l'azione di riduzione esercitata da' legittimari, possano i creditori del defunto su questi beni esser soddisfatti del loro credito, la maggioranza del consiglio si pronunziò sulle prime per l'affermativa, sul motivo, che se è vero che l'azione di riduzione è stata introdotta in favore de' legittimari, è pur vero che i legittimari, esercitando quest'azione, fanno necessariamente atto di erede, e quindi rivestiti di questa qualità trovansi nell'obbligo di pagare tutt'i debiti del defunto.

Questa discussione quindi produsse, alla maggioranza, un articolo ne' seguenti termini:

« La riduzione potrà esser domandata da coloro a favore de' quali la legge fa la riser- » va, da' loro eredi o aventi causa: essa non potrà esserlo da' donatari o legatari, nè da' » creditori del defunto, *salvo a questi creditori di esercitare i loro dritti sopra i beni ri-* » *cuperati per effetto di siffatta riduzione* ».

Trasmesso questo articolo al tribunato, la seconda parte che lasciava salvo a' creditori di esercitare i loro dritti sopra i beni ricuperati per effetto di siffatta riduzione, incontrò la più viva resistenza, e la sezione opinò di non doversi adottare. L'azione di riduzione è un dritto puramente personale, e se potessero profittarne i creditori, avverrebbe sovente che l'azione di riduzione sarebbe illusoria.

Dopo le conferenze tra la sezione di legislazione del tribunato, e quella del consiglio di Stato, l'art. in esame si riprodusse alla discussione del consiglio di Stato. Tronchet espose in consiglio, che l'opinione del tribunato fosse conforme a' principj. Essendosi nel titolo *delle successioni*, art. 776, stabilito che la collazione giova agli eredi solamente e non a' creditori, sarebbe una contraddizione, se si obbligasse il legittimario a donare a' creditori la porzione de' beni che la riduzione gli produce: la riduzione allora sarebbe stabilita a profitto de' creditori. Non sarebbe più la legittima assicurata, se potesse essere addentata da un creditore posteriore sulla cosa alienata prima che il credito esistesse. Il creditore dev' imputare a se stesso di non aver conosciuto la condizione del suo debitore, ed avea i mezzi d' instruirsene, perchè la donazione era pubblica. La pena della sua imprudenza non deve cadere sul legittimario, cui la legge non accorda una riserva che per metterlo al coverto delle dissipazioni di suo padre, e non già perchè il creditore divenisse legittimario.

Il consiglio, dopo queste riflessioni, adottò la proposizione del tribunato, e l'art. fu redatto nel modo come si legge. Locré 5, p. 246, pag. 248, n. 10, pag. 293, n. 19, pag. 303 e 304, n. 6 e 7.

Segue dalla riferita discussione:

1.° Che dicendo l' art. in esame, che i creditori del defunto non possono domandare la riduzione, nè profittarne, si riferisce semplicemente alle *donazioni tra vivi*. S'intende che de' legati, i creditori del defunto non àn bisogno della riduzione, poichè le disposizioni testamentarie non possono loro recare alcun pregiudizio. *Nemo liberalis, nisi liberatus*. Che anzi, gli stessi eredi della legittima che ànno domandato la riduzione de' legati, contribuiscono al pagamento de' debiti ereditari, poichè *bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno;* art. 791 e 935: vedi la nota 3, pag. 337 e seg.

2.° Che se gli eredi della riserva ànno accettato puramente e semplicemente (*), i creditori dell'eredità possono esercitare l'azione di riduzione e profittarne non come creditori del defunto, ma come creditori personali dell'erede. Sono in questa materia applicabili le osservazioni nella nota 1, pag. 326 a 328, sugli effetti della *collazione*.

(1) Per giudicare se le liberalità eccedano la quota disponibile, è necessario la conoscenza di tutt'i beni del disponente, del pari che il loro valore. Questo articolo quindi comprende due parti: 1.° Quali beni debbono entrare nella massa per determinare la quota disponibile; 2.° Come si debbono valutare questi beni.

(*) Purchè però abbiano fatto l'inventario, mentre la mancanza dell' inventario fa perdere allo stesso erede il dritto a domandare la riduzione, art. 722, e nota 3, pag. 306.

840. Non vi sarà mai luogo alla riduzione delle donazioni fra vivi, se non

---

I.

Composizione della massa de' beni per determinare la quota disponibile.

La riserva si misura non solamente da tutto ciò ch'è stato lasciato dal defunto in tempo di sua morte, ma altresì da tutto ciò che, fin dal principio, à composto il suo patrimonio, e ch'è uscito dalle sue mani a titolo di liberalità. Vi sono quindi due classi di beni a considerare nella massa: 1.° Beni esistenti all'epoca della morte del defunto; 2.° Beni ch'erano stati donati con atto tra vivi. Sopra questi beni, dedotti i debiti, si calcola la quota disponibile, o ciò ch'è lo stesso, la porzione di riserva.

Questi principî risultano dalla disposizione dell' art. in esame. Conviene però notare delle dilucidazioni.

I. *La massa si forma di tutt' i beni esistenti all' epoca della morte.* Un inventario regolare può far conoscere lo stato della successione, e l' erede della riserva omettendolo di fare, perde il diritto a dedurre la legittima, art. 722. Per il che, oltre degl'immobili che si trovano in natura nella successione, de'mobili, del danaro, comprendonsi nella massa:

1.° I crediti, i quali fan parte della successione, poichè chi à azione per ottenere una cosa, si reputa di avere la cosa medesima, l. 143, ff. *de V. S.* Un credito di difficile esazione non può esser calcolato, salvo una divisione tra i legittimari per ciò che può essere in avvenire realizzato; arg. della l. 63, § 1, ff. *ad legem falcidiam;* Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 69. ; Duranton, t. 8, n. 332.

2.° Il credito inesigibile legato allo stesso debitore entra nella massa, giacchè è sempre solvibile chi paga a se stesso, o per compensazione, l. 82, ff. *ad leg. falcid.* Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 69; Duranton, t. 8, n. 332.

3.° Il debito dell' erede verso il defunto si calcolo nell'attivo della successione, benchè avesse accettato puramente e semplicemente, e vi fosse in tal caso confusione di dritti, art. 1254; perciocchè pel calcolo della riserva, come pel calcolo della falcidia per dritto romano, la confusione non à per effetto di estinguere il debito, ma soltanto di rendere impossibile l' azione. E *viceversa* il credito dell' erede sul defunto entra nel passivo ; l. 5, 6, 8 e 14, C. *ad leg. falcidiam;* l. 12, 39, e 87, § 2, ff. eod. tit. Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 80. Duranton, t. 8, n. 333.

4.° I frutti pendenti debbono comprendersi nella massa, poichè bisogna aver sempre riguardo all' epoca della morte per determinare la quota ed il valore de' beni, l. 9 e 30 ff. *ad leg. falcidiam*:

5.° I beni sottoposti ad una evizione eventuale entrano nella massa, salva, in questo caso, la garantia che si dovrebbero l' erede cui la riserva è attribuita, ed il legatario o donatario. Toullier, t. 5, n. 129.

II. *Si riuniscono fittiziamente alla massa i beni de' quali è stato disposto a titolo di donazione tra vivi.* La parola *fittiziamente* adoperata nell' art. 839 dinota, che la composizione della massa è un' operazione di calcolo, poichè de' beni donati precedentemente dal defunto si calcola il valore al tempo della morte del donante. Sono notevoli intanto su questa parte dell' art. le seguenti riflessioni:

1.° Tra i beni donati tra vivi e che calcolansi unitamente agli altri per fissare la quota disponibile van comprese le donazioni ad un avente diritto alla riserva, senza clausola di precapienza. Questa proposizione è molto controvertita: vedi la nota 1, pag. 326.

2.° Sono riputate come donazioni tra vivi, i beni venduti ad un successore in linea retta col peso di una rendita vitalizia, a fondo perduto, o con riserva di usufrutto, art. 834 e nota 1, pag. 398.

3.° Non si deve calcolare l'immobile perito in potere del donatario erede o estraneo, *per caso fortuito e senza sua colpa*, del pari che non vi si à alcun riguardo in fatto di collazione, art. 774 ; Toullier, t. 5, n. 136; Grenier, t. 2, n. 636; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 74; Duranton, t. 8, n. 338—Debbe decidersi diversamente se la donazione era di mobili, vedi la nota 3, in fin.; pag. 324 e 325, e la nota 2, pag. 333.

4.° Si debbono nella massa calcolare le somme donate tra vivi ad un donatario divenuto insolvibile, poichè l' erede non deve risentire alcun danno per la insolvibilità di uno de' donatari. Se non si calcola l' immobile perito per caso fortuito, lo è perchè si à come perito in potere del donante ; ma non vi è la stessa ragione pe' beni periti per causa di fallimento. Grenier, t. 2, n. 632; Toullier, t. 5, n. 337; Duranton, t. 8, n. 339. *Contra*, Maleville sull'art. 930 (847), Levasseur, n. 113, e Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 78.

5.° Le liberalità di alimenti, le spese di mantenimento, d'istruzione, fatte a favore di un erede sono dall' art. 771 dispensate dalla collazione. Or non essendo obbligato l' erede a

dopo di aver esaurito il valore di tutti i beni compresi nelle disposizioni testa-

conferirle a'suoi coeredi, a più forte ragione non è obbligato, verso i donatari estranei, a conferirle nella massa fittizia che deve determinare la porzione disponibile.

III. *Come si deducono i debiti dalla massa per determinare la quota disponibile*. La regola *non intelliguntur bona, nisi deduto aere alieno*, è applicabile alla formazione della massa sulla quale si determina la porzione disponibile. L'art. in esame, dopo aver prescritta la riunione fittizia de'beni donati a quelli esistenti all'epoca dell'aperta successione, soggiunge: *si calcola sopra questi beni, dedotti i debiti, qual sia la porzione di cui egli à potuto disporre*. Sembra risultare da queste espressioni, che i debiti deducansi dalla massa riunita de' beni esistenti, e di quelli di già donati. S' ingannerebbe colui che desse all'art. questa assurda intelligenza. La deduzione de'debiti (*) debbe farsi sopra i beni esistenti al tempo della morte, e poscia per determinare la porzione disponibile, riunire il valore netto de'beni lasciati al momento della morte, deduzione fatta de'debiti, a'beni disposti per donazione tra vivi. Sarebbe indifferente in vero operare di una maniera o di un'altra, tutte le volte che i debiti fossero inferiori al valore de'beni sistenti alla morte del donatore; ma sarebbe, quando i debiti fossero superiori al valore di questi beni, che si cadrebbe in una contraddizione con gli stessi principî del codice, se la deduzione de'debiti si facesse sulla riunione de'beni. Ciò si stabilisce facilmente con taluni esempî.

Supponiamo cento mila di attivo, sessanta mila di passivo, ed una donazione tra vivi di venticinque mila: deducete i debiti primamente sull'attivo, rimangono quaranta mila: riunite questa somma a'25 mila donati, la massa è di sessantacinque mila.

Riunite al contrario, i 100,000 di attivo a' 25 mila donati, deducete sopra questo intero, che sarà di 125 mila, i 60 mila di passivo, rimarranno egualmente per la massa 65 mila. Essendovi figli, la disponibile sarebbe della metà; ed allora, è evidente non esser questo il caso d'impugnare la donazione in linea di riduzione: il figlio troverebbe nella successione al di là della riserva.

Ma supponiamo un attivo di 100 mila, un passivo di 180 mila, ed una donazione di 50,000. Allora, si comprende al primo aspetto, non esser desso il caso di riunire in primo luogo l'attivo e la donazione, ed indi dedurre dal loro insieme, il passivo della successione: l'attivo e le cose donate ascenderebbero a 150 mila, ed il passivo elevandosi a 180 mila, sarebbe impossibile di dedurre questa somma da quella di 150 mila. L'attivo della successione è nullo, poichè viene assorbito da'debiti. Non v'à dunque beni lasciati dal defunto, giusta la regola, *non intelliguntur bona, nisi deducto aere alieno*. Rimangono dunque, per intera massa, i 50 mila donati, ed i figli possono, dopo aver discussa la successione com'eredi sotto il beneficio dell'inventario, per istabilire che non v'à nulla, esercitare il loro dritto di riserva sopra i 50 mila, che formano l'oggetto della donazione, senza esser tenuti de' debiti posteriori alla donazione, e tal è lo scopo dell'art. 838 da noi ampiamente discusso nella nota precedente.

Vedesi adunque, che spiegando l'art. in esame coll'art. 838, il che è il mezzo più proprio per pervenire alla vera soluzione, il legislatore à inteso che non poteva esservi deduzione a fare de'debiti che sopra i beni lasciati dal defunto, e ch'era a tali beni, deduzione fatta di tali debiti, quando ne rimanevano, che doveasi fare la riunione degli oggetti donati; di maniera che, se i beni lasciati dal defunto, venissero assorbiti da'debiti, le riserve colpirebbero direttamente i beni donati, ne'quali soli si dovrebbe distinguere la parte disponibile dalla parte indisponibile. Grenier, t. 2, n. 612; Levasseur, n. 69 e 73; Delvincourt, lib. 3, tit. 3, nota 73; Toullier, t. 5, n. 144; Duranton, t. 8, n. 343.

II.

Della valutazione de' beni che compongono la massa.

I. Non basta determinare la quantità de' beni che debbonsi comprendere nella massa; conviene benanche fissare il loro valore, onde calcolare la estensione della porzione disponibile. Laonde è una disamina importante quella di conoscere, qual tempo bisogna considerare per l'estimazione de'beni che fansi entrare nella massa.

La cosa è senza difficoltà, quando i beni trovansi nella successione; poichè è evidente che in questo caso, essi debbono essere stimati a ragione del loro valore al tempo della morte, l. 6, C. *de inoff. testam.*, salvo la quistione che or ora esamineremo, quella cioè di

(*) Nella classe de' debiti si sono sempre compresè le spese funerarie del defunto, quelle de'suggelli e per fare l'inventario: vedi la nota 8, pag. 249; Grenier, t. 2, n. 612; Toullier, t. 5, n. 144; Duranton, t. 8, n. 344.

mentarie: e qualora vi sarà luogo a questa riduzione, essa si farà comincian-

---

sapere, se gli aumenti e le diminuzioni che i medesimi possono provare dopo tal' epoca, debbano aumentare o diminuire la legittima.

E lo stesso de' beni che il defunto à donati. Questi beni si estimano *secondo il loro stato all' epoca delle donazioni, e 'l loro valore al tempo della morte del donante*, dice l' art. 839. Si considera il tempo della morte, perciocchè è allora che si può riconoscere, se il padre abbia fatto torto a' suoi figli. E siffatto valore dev'essere determinato, giusta lo stato nel quale era il fondo donato all'epoca della donazione, per la ragione che conviene agire della medesima maniera che se il fondo donato fosse rimasto nel potere del donatore nello stato in cui era allora, fino all'epoca della sua morte. Quindi da questa regola segue, che i deterioramenti delle cose donate restano a carico del donatario, e per la stessa ragione debbono essere a suo beneficio calcolati i miglioramenti fattivi. Se poi i miglioramenti o le deteriorazioni ànno avuto luogo per circostanze indipendenti dalla volontà del donatario, le cose donate saranno conferite nella massa pel valore che ànno nel momento dell'apertura della successione. Levasseur, *de la quote disponible*, n. 76; Toullier, t. 5, n. 138; Grenier, t. 2, n. 636; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 74; Duranton, t. 8, n. 336 e 337.

Per ciò che riguarda la stima de'mobili donati, è stato il soggetto di serie quistioni. Primieramente per le cose fungibili, come il grano, il vino, riesce impossibile adottare il valore al tempo della morte, e perciò Grenier, t. 2, n. 637, Levasseur, n. 82 e Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 74 insegnano, che conviene calcolare il valore nel tempo della donazione.

In quanto alle cose non fungibili, Grenier t. 2, n. 637 opina, che debbe calcolarsi il valore anche secondo il tempo della donazione, per arg. dell'art. 781, e questa opinione piace a Duranton, t. 8, n. 342. Ma questa dottrina sembra contraria al testo dell' art. 839 che non fa alcuna distinzione tra i mobili ed immobili, e Malcville attesta che nel consiglio di stato quando si elevò la discussione sull'art. 922 (839), si propose di valutare i mobili secondo il valore al tempo della donazione, giusta la stima annessa all'atto, come nel caso della collazione tra i coeredi, e non secondo il loro valore al tempo della morte del donante; ma che questa distinzione fra i mobili e gl'immobili fu rigettata. Quindi ne conchiude Toullier, t. 5, n. 130 e 140 che bisogna seguire alla lettera l'art. in esame, quantunque da questa disposizione potrebbero risultarne delle ingiustizie: vedi la nota 2, pag. 333.

II. Conviene ora esaminare, se gli aumenti o le diminuzioni de' beni dopo la morte del defunto aumentano o diminuiscono la legittima.

Bisogna primamente esaminare siffatta quistione per rapporto alla riduzione delle donazioni tra vivi; indi la discuteremo relativamente a'legittimari e legatari.

Non si à riguardo alcuno all' aumento, o diminuzione di valore che i beni potessero acquistare o diminuire dopo la morte del disponente, per determinare la riduzione delle donazioni tra vivi. Il punto cui la legge si attiene è la morte, così che se, secondo il valore de'beni in quest'epoca, la riserva si trovasse intera ne'beni esistenti al giorno della morte, gli eredi non sarebbero ammessi alla riduzione, sotto pretesto, che i beni esistenti secondo il valore attuale si trovano insufficienti a completare la riserva. Vice versa, potrebbero pretendere la riduzione, se nell'epoca dell'apertura della successione la riserva non si trovasse intera ne'beni esistenti, benchè vi si troverebbe nel dì in cui si domanda la riduzione. In una parola, gli aumenti o diminuzioni di valore sopraggiunti ne'beni senza il fatto de'donatari non influiscono sul calcolo della riserva, come non influivano per dritto romano pel calcolo della quarta falcidia, l. 30, *ad legem falcidiam*. Duranton, t. 8, n. 341.

Considerata poi la quistione nel rapporto tra il legittimario ed i legatari sugli aumenti o diminuzioni avvenute a'beni ereditari dopo la morte del defunto, l'art. in esame non risolve la quistione, se aumentano o diminuiscono la legittima. Conviene dunque ricorrere alle regole generali del dritto, e per ridurre la quistione al semplice, conviene discutere separatamente ciascuna delle specie in cui può presentarsi.

Gli aumenti di cui si tratta, possono sopraggiungere o dopo la divisione eseguita tra il legittimario ed i legatari, ovvero nell' intervallo dalla morte del defunto a questo pagamento.

Nel primo caso, se gli aumenti cadono su'beni assegnati al legittimario, essi non profittono nè nuocciono che a lui; e se cadono su'beni rimasti nelle mani de'legatari, è a questi ultimi che ne appartiene il vantaggio o la perdita. La ragione n'è semplicissima. Dopo la divisione ciascun condividente è riputato assoluto proprietario della sua quota dal dì dell' apertura della successione, e per conseguente ciascuno risente esclusivamente tutti gli aumenti o la perdita che avviene nella sua quota, l. 77, § 18, ff. *de legatis* 2; art. 803.

Rispetto agli aumenti ed alle diminuzioni che sopravvengono a'beni nell'intervallo dalla

do dalla ultima donazione, e così successivamente risalendo dalle ultime alle più antiche (1).

morte del defunto al pagamento della quota disponibile al legatario universale o a titolo universale, bisogna distinguere quelli che derivano da un fatto dell'erede legittimario, da quelli a'quali non à contribuite.

Le diminuzioni e gli aumenti della prima specie non profittano nè nuocciono a'legatari. Il legittimario essendo in possesso de'beni ed il legatario universale dovendo a lui demandare il rilascio della quota disponibile, art. 930, può darsi che a quell'epoca i beni dell'eredità abbiano ricevute aumento o diminuzione per fatto dell'erede della riserva. Che perciò, gli effetti soggetti a deperimento che trovavansi all'apertura della successione, e che non sono stati venduti dall'erede della legittima, entrano in massa per il computo della legittima, come se tuttavia esistessero, perciocchè la colpa del legittimario che ne à occasionato la perdita, non può pregiudicare a'dritti de' creditori. *Alteri per alterum non debet iniqua conditio inferri*—Per la stessa ragione, le migliorazioni e le riparazioni che il legittimario à fatte a'fondi, non debbono essere considerati per l'aumento della quota disponibile.

Rimane dunque a sapere, se gli aumenti e le diminuzioni che sopravvengono a' fondi, senza il fatto dell'erede debbano entrare in considerazione per aumentare o diminuire la legittima. Siffatta quistione è stata molto controvertita sotto l'impero dell'antica giurisprudenza. La negativa fu sostenuta da Baldo, Paolo di Castro, Peregrino, *de fideicom.*, art. 36, n. 20 e seg., e dal Presidente Fabro, C. tit. *de inoff. testam.* defin. 36: la loro opinione è fondata sopra una decisione del senato di Chambery del mese di agosto 1588. La opinione contraria à per difensori distinti giureconsulti, tra quali Voet *ad pandectas*, lib. 5, tit. 2, n. 54 e 55, e la giurisprudenza del sacro consiglio napoletano, la cui autorità è stata riputata in questa materia gravissima da'giureconsulti oltramontani. Veggasi all'uopo il presidente de Ponte, *cons.* 79; Ursil. *in decis. Afflict.*, 382; de Franchis, decis. 61 cum Visconti et de Luca.

Consultando i principî della nuova legislazione, bisogna convenire che gli aumenti e le diminuzioni che sopravvengono a'fondi debbano entrare in considerazione per aumentare o diminuire la legittima. È certo che la legittima è devuta al momento della morte e gravita sopra tutt'i beni dell'eredità, art. 645 e 745. È egualmente fuor di dubbio che il legittimario debbe trovare in quel che se gli assegna una rappresentazione esatta e completa di tutto quello ch'egli avrebbe avuto, se la divisione si fosse fatta immediatamente dopo la morte del defunto, e ch'egli avesse prese sopra ciascun effetto la quota che gli era dovuta: ora, se le cose si fossero passate a questo modo, il legittimario avrebbe avuto la sua parte de'beni che àn ricevuto l'aumento, ed in conseguenza egli avrebbe profittato di questo aumento proporzionatamente alla quota formata dalla sua legittima nella massa della successione. Viceversa deve soffrire le diminuzioni, per la regola *pericula ed incomoda rei cujusque eum sequi debent, quem comoda sequuntur*, l. 10, ff. *de reg. jur.*

III. Da ultimo, per la valutazione de'beni quando la donazione o il legato soggetto a riduzione sia di un usufrutto o di una rendita vitalizia ch'ecceda la quota disponibile, l'art. 833 ne à stabilito le regole da noi illustrate nella nota 2, pag. 396 e 397.

(1) Questo art. ed i rimanenti di questa sezione stabiliscono il modo con cui si effettua la riduzione.

La riduzione si fa sulle disposizioni testamentarie, ed in caso d'insufficienza de'beni lasciati in morte per somministrare le riserve, la riduzione si fa sulle donazioni tra vivi.

La ragione per cui la riduzione si fa primamente sulle disposizioni testamentarie è evidente. Le disposizioni testamentarie non ànno effetto che dopo la morte del defunto, nella stessa epoca in cui si apre il dritto degli eredi cui è dovuta una riserva. Sopra i beni quindi che trovansi all'apertura della successione è che debbesi comprendere la porzione indisponibile, nè il donatore potrebbe, facendo disposizioni testamentarie, dopo aver fatto donazioni, aprire un'azione di riduzione contro le donazioni: ciò sarebbe portare offesa alla loro irrevocabilità. È una conseguenza di questo principio la disposizione dell'art. 842, che quando il valore delle donazioni tra vivi eccederà e eguaglierà la quota disponibile, tutte le disposizioni testamentarie saranno caduche.

I. La legge stabilisce una differenza essenziale sull'ordine di riduzione tra le disposizioni testamentarie, e le donazioni tra vivi.

La riduzione delle disposizioni testamentarie si fa *pro rata* senza distinzione tra i legati universali e particolari, dice l'art. 843, per la ragione indicata nella nota 3, pag. 408.

Non è lo stesso in rapporto alle donazioni tra vivi: la riduzione *si farà*, dice l'art. in esame, *cominciando dall'ultima donazione, e così successivamente risalendo dalle ultime alle più antiche*. La ragione n'è sensibilissima. Ogni donazione fatta prima che la quota indisponibile sia offesa, à potuto aver luogo senza nuocere agli eredi cui la legge attri-

841. Se la donazione fra vivi soggetta a riduzione sia stata fatta a favore di una persona che è in grado di succedere, potrà questa ritenere su' beni

---

buisce una riserva; e se non si fosse stabilito un ordine di discussione tra le donazioni, secondo le loro date, le donazioni sarebbero incerte. Colui che non à esaurito il patrimonio disponibile, à ben donato: dopo averlo esaurito, à donato in pregiudizio degli eredi della riserva. Or se la riduzione dovesse aver luogo su tutte le donazioni, il donante, osservò Bigot-Préameneu nell'esposizione de'motivi (in Locré 5, p. 323, n. 25), avrebbe un mezzo di rivocare con delle nuove donazioni quelle che avea di già fatte. D'altronde, allorchè si tratta di attaccare delle proprietà che rimontano a tempi più o meno lontani, l'ordine pubblico è interessato a vedere la più antica proprietà rispettata a preferenza: ciò è il fondamento della massima, *qui prior est tempore, potior est jure.*

Laonde, la riduzione si deve fare sulle donazioni tra vivi a principiare dall'ultima e risalendo alle più antiche successivamente, secondo l'ordine delle loro date. È utile rammentare che se l'accettazione delle donazioni sia avvenuta con atti separati, si reputa di data più antica quella che contiene la data più antica dell' atto di notificazione dell' accettazione, poichè la notifica dell'accettazione rende perfetta la donazione, art. 856. Duranton, t. 8, n. 351.

Se due donazioni sieno fatte ed accettate col medesimo atto, subirebbero la riduzione nella proporzione del rispettivo valore, arg. dell'art. 843. Grenier, n. 605; Toullier, t. 5, n. 146; Duranton, t. 8, n. 352.

Lo stesso dicasi, se due atti di donazione sieno avvenuti nello stesso giorno, senza esprimersi quale di essa sia stata fatta prima: l'una e l'altra si reputano di avere la stessa data, senza potersi ammettere la pruova testimoniale per provare quale di esse sia stata fatta prima. Duranton, t. 8, n. 353.

II. La preferenza sulle disposizioni testamentarie, e la riduzione secondo l'ordine di antichità son privilegi, che l'art. in esame pare di attribuire esclusivamente alle donazioni tra vivi. Ciò non ostante, v'à delle disposizioni a causa di morte, fatte con atti tra vivi, le quali non sono suscettibili di riduzione, se non dopo che le disposizioni testamentarie sieno state esaurite. Evvi anzi dippiù: ed è che i medesimi beni, donati con tali disposizioni, non potrebbero essere soggetti a riduzione, che dopo esauriti i beni posteriormente donati con atti tra vivi. Le disposizioni di cui intendiamo favellare sono le instituzioni contrattuali, le donazioni di beni futuri, quelle fatte per contratto di matrimonio. Quantunque simili disposizioni aggiransi solamente sopra beni che saranno lasciati dal defunto, non pertanto il loro effetto risale al giorno medesimo dell'atto, e l'esecuzione sola ne è rinviata alla morte del disponente, art. 1038, 1039 e 1044. Bisogna dunque per queste donazioni seguire l'ordine delle date nell'esercizio dell'azione di riduzione. Grenier, t. 2, n. 606 a 608; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 76; Levasseur, n. 110 a 112; Duranton, t. 8, n. 556.

In qual modo poi dev' eseguirsi la riduzione delle donazioni fatte tra conjugi durante il matrimonio, le quali sono vere donazioni tra vivi, ma rivocabili per l' art. 1050? Levasseur, n. 115 insegna, che la donazione tra conjugi non rivocata avendo tutt' i caratteri della donazione tra vivi deve produrre gli stessi effetti non solo per rispetto al conjuge donatario, ma anche a riguardo degli altri donatari, degli eredi e legatari, ed in conseguenza è soggetta a riduzione, esaurite le disposizioni testamentarie e le donazioni tra vivi fatte posteriormente. È questa anche la dottrina di Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 76. Ma secondo Duranton, t. 8, n. 357, le donazioni tra conjugi debbono essere ridotte prima delle donazioni tra vivi, quantunque queste ultime fossero fatte posteriormente, per la ragione che le donazioni posteriormente fatte rivocano tacitamente la donazione fatta al conjuge. « Il donante, continua Duranton, facendo delle donazioni posteriori vien riputato di aver » voluto che le riserve si prendessero primamente sulle cose di cui poteva ancora in libe» ro modo disporre. Egli rivoca così implicitamente la donazione fatta al consorte, per » tutto ciò che diveniva necessario alla somministrazione della riserva, e che comprende» va nelle sue nuove donazioni. Per tal riguardo, si possono assimilare a' legati le dona» zioni tra conjugi fatte durante il matrimonio, poichè sono rivocabili come i legati. »

Il sistema di Duranton sembra contrario a'principî della materia, ed è produttivo di assurde conseguenze. Egli è vero che la donazione fatta al conjuge può esser rivocata tacitamente, ma può considerarsi come una rivocazione tacita la donazione posteriormente fatta ad un estraneo di beni non compresi nella donazione fatta al conjuge? No, perchè per esservi rivocazione tacita vi dev' essere incompatibilità tra le due disposizioni, arg. dell'art. 991. L'incompatibilità esisterebbe quando il donante alienasse a qualunque titolo la proprietà della cosa donata al conjuge: la stessa ipoteca de'beni donati al conjuge, non sarebbe un atto di rivocazione, osserva Toullier, t. 5, n. 924. Come dunque può conside-

V. gli art. 749, 778, 785.

donati il valore di quella porzione che le spetterebbe nella qualità di erede su'beni non disponibili, purchè sieno della medesima specie (1).

842. Quando il valore delle donazioni fra vivi eccederà o eguaglierà la quota disponibile, tutte le altre disposizioni testamentarie saranno caduche (2).

V. gli art. 935 e 967.

843. Quando le disposizioni testamentarie eccederanno o la quota disponibile, o la porzione di questa quota, che resterebbe dopo aver dedotto il valore delle donazioni fra vivi, la riduzione si farà *pro rata* senza alcuna distinzione fra i legati universali ed i legati particolari (3).

844. Nondimeno, in tutti i casi in cui il testatore avrà dichiarato espres-

---

rarsi una rivocazione implicita la donazione di altri beni posteriore a quella fatta al conjuge? Il sistema di Duranton menerebbe altresì alla conseguenza, che il conjuge donatario non potrebbe alla morte del defunto concorrere co' legatari o cogli eredi legittimi, non potendo supporsi che lo stesso atto debbe riguardarsi come rivocato nell'interesse del donatario posteriore, e poi valido contro gli eredi o i legatari. Questa inconseguenza ci determina pel rigetto del sistema di Duranton.

(1) Si è detto nella nota 2, pag. 320, che la riserva è dovuta in ispecie, ed il donatario contro cui si esercita l'azione di riduzione non può ritenere gl'immobili ricevuti in donazione, per liberarsi dalla riserva con danaro o con altri fondi. Due eccezioni sono contenute a questo principio: 1.° Quando il donatario à alienato i beni, non si può sperimentare l'azione di revindicazione contro gli acquirenti, che previa la discussione de'beni de'donatari, art. 847; 2.° La seconda eccezione è, nell'art. in esame, che permette a colui che accoppia la qualità di erede e di donatario a titolo di prelegato, di ritenere su' beni donati non solamente la quota disponibile, ma di più il valore della porzione che gli spetta nella qualità di erede su'beni non disponibili, *purchè sieno della medesima specie*. Quale sia il significato delle parole adoperate dall'art., *purchè sieno della medesima specie*, vedi la nota 1, pag. 332, n. II.

(2) Vedi la nota 1, pag. 406.

(3) Le disposizioni testamentarie ch'eccedono la quota disponibile debbono essere ridotte *pro rata*, quantunque le disposizioni fossero contenute in diversi testamenti di date diverse. La ragione si è, che le disposizioni testamentarie ricevendo il loro effetto all'epoca della morte del disponente, non vi è tra di esse anteriorità alcuna da considerare.

La riduzione *pro rata* non presenta alcuna difficoltà, quando non vi sono che legatari particolari.

Quando vi è concorso di un legatario universale, o di legatari a titolo universale con legatari particolari, la riduzione à anche luogo *pro rata*, dice l'art. in esame. Chepperciò, supponghiamo che un testarore avesse lasciata per intera fortuna il valore di 60 mila ducati; che avesse fatti tre legati particolari di 15,000 ducati ciascuno; che avesse instituito un legatario universale, e che vi fosse un erede il cui dritto di riserva fosse della metà: se questo erede non esistesse, ciascun legatario particolare avrebbe avuto 15,000 ducati, ed il legatario universale altrettanto. Ma la riserva effettuando la riduzione della metà su tutt'i beni, ciascun legatario soffre una egual riduzione; ciò che riduce i legati particolari ed il legato universale a 7,500 ducati. La maniera stessa di operare si applica a'legatari a titolo universale che concorrono con legatari particolari.

È da osservarsi però, che la riduzione *pro rata* tra i legati universali e particolari à luogo nell'interesse degli eredi della riserva che si trovano lesi con una disposizione eccessiva fatta dal defunto. Ma quando i legati particolari assorbiscono tutto il patrimonio del defunto, i legati universali o a titolo universale divengono caduchi per mancanza di oggetto, poichè è evidente che la riserva non può prendersi se non su'legati a titolo particolare. Il legatario probabilmente fu scelto dal defunto a solo oggetto di servirgli in qualche modo come esecutore testamentario. Del pari, se il testatore avesse semplicemente legato la quota disponibile col modo universale, il legatario della disponibile sarebbe tenuto a soddisfare tutt'i legati, almeno sino alla concorrenza del valore di questa disponibile: non vi sarebbe luogo per lui ad invocare l'art. 843 per fare cadere la riduzione proporzionatamente su questi medesimi legati a fine di somministrare le riserve; mentre, poichè non altro gli si fosse legato che la disponibile, questo legato non avrebbe intaccato le riserve, e solo si tratterebbe di determinarne il valore col valutare le forze dell'eredità. Ed è perciò che l'art. 935, dice, che il legatario universale *è tenuto a soddisfare tutt'i legati*; e se soggiunge *salva la riduzione siccome è dichiarato negli art. 843 e 844*, con ciò si è ripetuto che la riduzione cade indistintamente su' legati particolari, come sugli altri, *pro rata*, per somministrare le riserve. Bisogna quindi ritenere in principio che la riduzione

samente essere sua intenzione che un legato sia soddisfatto in preferenza agli altri, questa preferenza avrà luogo; ed il legato che ne sarà l'oggetto, non verrà ridotto, se non in quanto il valore degli altri legati non fosse sufficiente a compire la riserva legale (1).

845. Il donatario restituirà i frutti di ciò che eccederà la porzione disponibile, dal giorno della morte del donante, quando sia stata domandata la riduzione fra l'anno; altrimenti, dal giorno della dimanda (2). V. gli art. 471, 475 e 1107.

si esercita *pro rata* quando i legati particolari non assorbiscono la massa dell'eredità, ma quando assorbiscono l'attivo dell'eredità, la riduzione si esercita su'legati particolari, essendo il legato universale divenuto caduco per mancanza di oggetto. Similmente, se non vi è luogo a riduzione nell' interesse degli eredi della riserva per avere il testatore disposto della quota disponibile, il legatario universale è tenuto a pagare tutt'i legati, senza potere dedurre la *quarta*, come può vedersi nelle osservazioni all'art. 935. Toullier, t. 5, n. 159 a 161; Grenier, t. 2, n. 622; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota Duranton, t. 8, n. 362, a 364.

Ritenuto che la riduzione si fa *pro rata* tra i legati universali e particolari, quando i legati particolari non assorbiscono tutto l'attivo della eredità, è surta una quistione, se il legatario particolare, il cui legato à subito una riduzione per la riserva legale, può reclamare una indennizzazione dal legatario universale. Levasseur, n. 106 decide per l'affermativa; secondo lui l'art. 935 regola le obbligazioni del legatario universale, ridotto alla quota disponibile, verso i legatari particolari; in quanto alla riduzione dimandata dall'erede contro tutt'i legatari in qualunque numero sieno, viene regolata dall'art. 843, cui l'art. 935 si rimette; le due disposizioni possono e debbono eseguirsi simultaneamente: ora in virtù dell'art. 843 il legatario universale concorre co' legatari particolari al pagamento della legittima, ed a'termini dell'art. 935 i legatari particolari ànno il dritto di esigere dal legatario universale l'intero pagamento de'loro legati; quindi possono ripetere quanto sono stati obbligati di dedurre per contribuire alla riserva. Grenier, t. 2, n. 622 trova inammessibile la dottrina di Levasseur, perchè combattuta dal testo degli art. 843 e 844, non che dalle discussioni del consiglio di stato, e dalle osservazioni del tribunato, che prepararono cotesti due articoli, ne'quali si scorge l'intenzione ben formale di stabilire di una maniera assoluta ed indeterminata, la contribuzione proporzionale, *pro rata*, tra tutt'i legatari. Evvi di più: le seguenti espressioni colle quali è chiuso l'art. in esame « senza alcuna distinzione tra i legati universali ed i legati particolari » furono aggiunte sulla domanda del tribunato; e ne è così motivata l'addizione, in Locré 5, p. 293, n. 21: « Essa è necessaria per distinguere l'intenzione della sezione, la quale sembra essere parimente quella del consiglio di Stato, che non vi sia, relativamente alla riduzione *pro rata*, nel caso preveduto, alcuna distinzione tra i legati universali ed i legati particolari, e per evitare l'equivoco che nascerebbe, *se s'invocasse l'antica giurisprudenza* ». Ed aggiunge Duranton, t. 8, n. 362, che gli autori del codice nel rigettare la *quarta falcidia* a favore del legatario universale incaricato di soddisfare i legati particolari, vollero almeno, per ciò che riguarda la somministrazione *delle legittime*, che i legatari universali o a titolo universale, non ne fossero i soli obbligati, come nelle antiche regole. Si avvisarono che il testatore, stante la scelta del modo con cui avea gratificato il legatario universale, avesse almeno espressa altrettanta affezione per lui, per quanto ne avea mostrata pe'legatari particolari, poichè generalmente in fatti il legato universale è un maggior segno di affetto. In conseguenza essi intesero che la riduzione cadesse su tutte le disposizioni indistintamente, *pro rata*, ammenochè il testatore non avesse espressamente dichiarato una contraria volontà.

(1) Si contiene con questo art. una eccezione alla regola stabilita nell'art. precedente. Il testatore, quando gli eredi della riserva non risentono alcun pregiudizio, può volere che un legato sia pagato à preferenza degli altri. Si esige solamente per prevenire ogni contestazione su questa volontà del testatore, che sia dichiarata in termini espressi, disse Bigot-Préameneu nell'esposizione de'motivi, in Locré 5, p. 323, n. 24. Nondimeno Toullier, t. 5, nella nota al n. 159 sostiene, che non sia di necessità che la preferenza sia espressamente dal testatore dichiarata, e che la medesima può talvolta derivare dalla natura del legato, come quando questo siesi fatto in forma di restituzione. Levasseur, n. 104 per lo contrario si attiene al testo dell'art. in esame, e noi aggiungiamo che i motivi dell'art. sono contro l'opinione di Toullier, poichè per evitarsi ogni contestazione sulla volontà del defunto, si è voluto che la preferenza dovesse esprimersi dal testatore, altrimenti si deve procedere alla riduzione per contributo, abbenchè particolari circostanze faccian presumere una contraria intenzione.

(2) Gli eredi della riserva ànno dritto a' frutti dal dì dell'apertura della successione,

V. gli art. 1136 e 2011.

846. Gl'immobili da ricuperarsi in conseguenza della riduzione, saranno liberi da ogni debito o ipoteca contratta dal donatario (1).

V. gli art. 840, 1893.

847. L'azione per la riduzione o per la rivendicazione potrà esercitarsi dagli eredi contra i terzi detentori degl'immobili compresi nelle donazioni ed alienati da'donatarj, nella maniera medesima e collo stesso ordine che si terrebbe contra i donatarj medesimi, e previa la discussione de'beni di costoro. Questa azione dovrà esercitarsi secondo l'ordine dell'epoche delle alienazioni, cominciando dalla più recente (2).

---

poichè i frutti sono un accessorio delle riserve, *etenim hereditas fructibus augetur*, l. 2, C. *de heredit. petit.* Ma dall'altra parte è pur vero, che il donatario contro cui l'erede della riserva esercita l'azione di riduzione è possessore di buona fede, e per le regole generali del dritto il possessore di buona fede non restituisce i frutti che dal dì della domanda. L'art. in esame quindi contiene una savia disposizione, poiche accorda agli eredi della riserva i frutti dal giorno della morte del donante, se la domanda di riduzione viene fatta nell'anno; se viene fatta dopo, i frutti decorreranno dal dì della domanda, non dovendo il ritardo dell'erede della riserva rovinare con un cumolo di frutti il donatario che li à consumati di buona fede.

Se la domanda di riduzione viene esercitata contro il terzo acquirente dell'immobile donato, Delvincourt, lib. 3, tit. 4 nota 84, è di avviso, che se la domanda viene inoltrata nell'anno, il terzo acquirente deve restituire i frutti dal dì della morte del donante. Ma questa dottrina non è adottata da Grenier, t. 2, n. 633 e da Duranton, t. 8, n. 376, per la ragione che l'art. in esame obbligando a restituire i frutti dal dì della morte del donante, se la domanda viene inoltrata nell'anno, contiene una eccezione riguardo al donatario, eccezione che non può colpire il terzo acquirente. Per costui quindi si rientra nelle regole comuni di non dovere restituire il possessore di buona fede i frutti percepiti, che dal dì della domanda, giusta gli art. 474 e 475.

(1) La disposizione di questo art. è l'applicazione della regola *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*, rifermata nell'art. 2011. Dovrebbe dirsi lo stesso se le ipoteche si fossero stabilite dagli aventi causa de' donatari, non essendosi da essi acquistati de' dritti maggiori di quelli che aveano i donatari, art. 847.

Quantunque l'art. parlasse della risoluzione de'debiti e delle ipoteche, si applica a tutt'i pesi reali costituiti sugl'immobili soggetti a riduzione. Grenier, t. 2, n. 634, e Duranton, t. 8, n. 377.

Ma per ciò che riguarda il dritto di usufrutto imposto dal donatario sull' immobile soggetto a riduzione, deve il donatario soffrire la discussione ne'suoi beni prima di procedersi contro l' usufruttuario, giusta l'art. 847; o pure il legittimario riprende l'immobile libero da questo peso, come prescrive l'art. in esame? Proudhon, *de l'usufruit*, n. 1939 e 1940 ragionevolmente insegna, che l' usufrutto debbe considerarsi come un peso imposto sulla proprietà, e quindi il dritto dell'usufruttuario svanisce tosto che l'azione dell'erede della riserva annulla la donazione, nello stesso modo che quando la collazione si fa in ispecie, l'immobile donato rientra nella successione libero, per l'art. 784, da *qualunque peso*, sotto la cui denominazione debbe andar compresa la costituzione di usufrutto: vedi la nota alla pag. 331, n. IV.

(2) I. L'azione di riduzione produce l'effetto di risolvere non solo le ipoteche ed i pesi imposti sugl'immobili dal donatario, art. 846, ma anche di rivocare le alienazioni che i donatari avessero fatte degl'immobili: *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*.

Avrebbero però avuto luogo grav'inconvenienti, se fosse stato permesso d'indirizzarsi indistintamente all'uno o all'altro degli acquirenti da'donatari, od a tutti nel tempo stesso. L'art. in esame stabilisce un ordine a tal riguardo, sotto un doppio rapporto:

1.° Gli acquirenti debbono essere attaccati nell'ordine stesso col quale i donatari che ànno loro venduto, potrebbero esserlo: il modo come potrebbero essere attaccati i donatari è prescritto nell'art. 840.

Si deve dunque cominciare dagli acquirenti dell'ultimo donatario in data, prima di passare agli acquirenti del donatario, la cui donazione è anteriore e così di seguito, secondo l'ordine delle donazioni. Grenier, n. 630, Chabot, sull'art. 860 (779), n. 6.

2.° Quando vi sono più acquirenti da un donatario la cui donazione si trovi in ordine di riduzione, bisogna indirizzarsi agli acquirenti, nel medesimo ordine col quale i donatari verrebbero attaccati: costoro non dovendo esserlo che secondo le date delle donazioni, gli acquirenti non debbono esserlo che nell'ordine delle alienazioni, cominciando dagli ultimi in data. A questo caso delle alienazioni successivamente fatte dallo stesso donatario, si ri-

SEZIONE III.

Della diredazione (1).

848. Oltre delle cause per le quali qualunque erede può rendersi indegno di succedere, le persone a vantaggio delle quali la legge stabilisce una quo- V. l'art. 648.

feriscono le ultime parole dall'art. in esame, *secondo l'ordine delle epoche delle alienazioni, cominciando dalla più recente*. Levasseur, n. 120; Grenier, n. 630.

II. Quantunque i legittimari avessero dritto alla riserva in ispecie (vedi la nota 1, pag. 408), pure l'art. in esame non permette l'azione di revindicazione contro i terzi detentori che ànno acquistato da'donatari, che *previa la discussione de'beni di costoro*. Con questa eccezione si è voluto prevenire i regressi in garantia, a'quali darebbe luogo l'azione dell'erede diretta verso i terzi detentori degl'immobili, senza previa discussione degli ultimi donatari.

La precedente discussione alla quale van soggetti gli eredi della riserva, dee cadere non solo sopra i beni pervenuti dalla donazione, che potessero restare nelle mani del donatario, soggetti alla riduzione, ma benanche sopra i suoi beni personali. Che anzi le parole, *previa la discussione de'beni di costoro,* si riferiscono a'beni personali de' donatari, poichè se rimanessero beni del donante in potere del donatario, gli eredi dovrebbero per le loro riserve, agire sopra questi beni, prima di passare a quelli propri del donatario. Grenier, t. 2, n. 361; Chabot, sull'art. 860 (779), n. 6; Toullier, t. 5, n. 152; Levasseur, n. 117.

Grenier, n. 632 e Chabot sull'art. 860 (779) n. 6 mettono in dubbio, se gli eredi della riserva sieno tenuti a far cadere la discussione sopra i mobili e gli effetti mobiliari del donatario, non potendo gli eredi della riserva esser ridotti a non avere che de'mobili, quantunque avessero un dritto reale alla porzione d' immobili del donante, che non era disponibile. Toullier, t. 5, nella nota al n. 152 sostiene, che non vi è ragione ad eccettuare i mobili, nè l'art. fa per essi eccezione. L'opinione di Toullier si accosta più da vicino al testo della legge; ma le circostanze particolari possono esser tali nella discussione de'mobili da far preferire la opinione di Grenier o Chabot.

Gli eredi della riserva non sono obbligati a discutere immobili del donatario gravati di pesi e d'ipoteche, art. 1895; Grenier, t. 2, n. 632; Chabot, sull'art. 860 (779) n. 6; Levasseur, n. 118. Grenier porta altresì avviso, che se gl'immobili si trovassero ad una distanza tale da'beni donati, che l'erede della riserva ne soffrisse notabilmente, potrebbe non esservi luogo alla discussione. Duranton, t. 8, n. 374 crede cho l'art. in esame essendo generale e senza restrizione, dovrebbero essere escussi i beni de'donatari in qualunque distanza sieno. Le due opinioni possono conciliarsi osservando, che l'art. in esame non à avuto altro oggetto che di stabilire la discussione de'beni del donatario; per ciò che riguarda il modo della discussione si rientra nelle regole generali del dritto. Or l'art. 1895 statuisce, che la discussione deve aver luogo ne' beni siti nella giurisdizione della G. corte civile del luogo cui deve eseguirsi il pagamento.

(1) I. La *diredazione* è una pena che il testatore infligge a'propri eredi, privandoli della riserva che loro spetterebbe per legge, indipendentemente dalla volontà dell'uomo.

Secondo le leggi delle dodici tavole, un padre poteva diredare suo figlio senza causa; ma dopo la invenzione della querela d'inofficiosità bisognavano delle giuste ragioni da incrudelire contro i propri figli, come abbiamo esposto nella nota 1, pag. 387. Le cause di diredazione erano nell'antico dritto incerte. Giustiniano le determinò con la novella 115, le cui disposizioni erano eseguite nell'antico dritto del regno; e sebbene avesse dichiarato nel principio del cap. 3 della nov. 115 di non potersi ammettere altre cause di diredazione oltre quelle dalla legge indicate, pure molti dottori (vedi Vinnio, Inst. *de inoff. testam.*, n. 1 e 2) adottarono la opinione di potersi oltre le cause nella novella indicate, ammetterne altre uguali o maggiori, o almeno dello stesso genere: Hubero, *praelect. ad tit. inst. de exeredat. liber. n. 10*. Altri giureconsulti declamarono ragionevolmente contro siffatta licenza di estendere le cause determinate in materia odiosa. Perezio, lib. 6, tit. 28, n. 19.

Il potere di diredare i figli fu in Francia virtualmente tolto a'genitori, dalla legge del 7 marzo 1793. All'epoca della compilazione del codice civile non si fece parola della diredazione propriamente detta, e per conseguente se ne mantenne l'abrogazione. Soltanto nella discussione del titolo della *patria potestà* si era creduto di trovare un mezzo da conservare alla potestà de' genitori la forza necessaria, senza offendere la giustizia, con ridurre il figlio che si rendeva colpevole di una notoria dissipazione, al semplice usufrutto della sua quota ereditaria, il che avrebbe assicurato la proprietà a'discendenti nati e da

la di riserva, o sia legittima, possono esserne private con una dichiarazione espressa del testatore, e per una causa ammessa dalla legge e spiegata nello stesso testamento (1).

849. Il figlio potrà esser diredato per le cagioni seguenti:

1.° se siasi renduto colpevole verso del genitore, di sevizie, o di qualunque delitto:

---

nascere da questo figlio. Il consiglio ammise questa specie di diredazione per motivo di notoria dissipazione, che prendeva il nome di *disposizione officiosa;* ma il capitolo che la riguardava fu rinviato (Locré t. 3, pag. 312, cap. 2, e pag. 304) al titolo *delle donazioni e de'testamenti*. Vedremo nel capo 6 di questo titolo i motivi pe'quali alla *disposizione officiosa* fu sostituita la *sostituzione*.

Laonde il codice francese mantenne l' abrogazione della diredazione, abrogazione che rimontava alla legge del 1793. Sentiamo il sig. Bigot-Préameneu, per conoscere i motivi che determinarono gli autori del codice civile a non ammettere la diredazione.

» Nella maggior parte delle legislazioni, e nella nostra fino agli ultimi tempi, la patria » potestà à avuto nella diredazione uno de'più grandi mezzi da prevenire e punire le col» pe de'figli. Ma nel rimettere quest'arme terribile in mano de'genitori, non si è pensato » che a vendicare la loro autorità oltraggiata, si è disviato da' principi intorno alla tra» smissione de' beni.

» Uno de'motivi che à fatto sopprimere il dritto di diredazione, è che l'applicazione del» la pena al figlio colpevole si estendeva alla sua posterità innocente. Intanto questa po» sterità non dovea essere meno cara al padre equo nella sua vendetta; essa non era me» no una parte essenziale della sua famiglia, e dovea trovarvi lo stesso favore e gli stessi » dritti.

» Ora, non eravi che piccol numero di casi ne'quali i figli del diredato fossero ammessi » alla successione di colui che avea pronunziato la condanna fatale.

» Quindi, sotto il rapporto della trasmissione de'beni nella famiglia, la diredazione non » avea che degli effetti funesti.

» La posterità la più numerosa di un sol colpevole veniva inviluppata nella sua proscri» zione; e di quanto scandalo non erano ne'tribunali, que'dibattimenti dove, per interessi » pecuniari, la memoria del padre era lacerata da coloro che si opponevano alla direda» zione, e la condotta del figlio diredato esposta sotto tutt'i tratti che la cupidigia cercava » ancora di rendere più odiosi » Locré t. 5, p. 332, n. 76.

II. La commissione incaricata della compilazione delle *leggi civili*, stimò di doversi ristabilire *la diredazione*, ed al progetto aggiunse la sezione *della diredazione*. Nel supremo consiglio di Cancelleria, prima di passarsi alle cause che possono privare della quota di riserva mediante la diredazione, si esaminò preliminarmente come punto generale, se il dritto di diredazione dovesse o no conservarsi.

Il consigliere Magliano prese la parola nella camera di grazia e giustizia, non che nell'intero consiglio, per dimostrare che il dritto della diredazione era contrario alla politica ed alla morale; ma la maggioranza si pronunziò per la diredazione. Amorosi, *traduzione di Duranton*, t. 8, p. 426 a 431.

III. I limiti di questo lavoro non permettono di discutere a fondo, se conveniva o pur no ammettere nelle leggi il potere della diredazione. Diremo solo, che lo stesso Bentham (*traité de legislat.*, vol. 2, pag. 153) capo-scuola del principio di non doversi infliggere pene che quando la società ne risenta la *utilità*, conviene di doversi permettere a' genitori di togliere la legittima a' figli per cause articolate dalla legge, o giuridicamente provate.

Le leggi civili adunque ammettendo la diredazione per giuste cause e giuridicamente provate, àn dato maggior consistenza alla virtù domestica che tanto influisce su'pubblici costumi. Sarebbe stato però desiderabile, che la pena della diredazione colpisse esclusivamente il diredato e non già la sua innocente famiglia, nello stesso modo come la indegnità pronunziata dalla legge non pregiudica i diritti de'figli dell'indegno. Noi ritorneremo su questa discussione nella nota 2, pag. 414.

(1) Sono una conseguenza necessaria della disposizione di questo articolo: 1.° di non ammettersi motivi equipollenti di diredazione; 2.° che i motivi debbono essere immancabilmente espressi nel testamento, senza potersi ammettere altra dichiarazione autentica, comunque legale. Nel supremo consiglio di cancelleria si proposero siffatte dichiarazioni, ma si crederono inutili perchè dipendenti da'principî generali del dritto. Amorosi *note a Duranton*, t. 8, pag. 431.

La diredazione contenuta nel testamento può rivocarsi con qualunque altro atto, arg. degli art. 650, 651 e 990.

2.° se gli abbia irragionevolmente negato gli alimenti : V. l'art. 193.

3.° se divenuto il genitore furioso, lo abbia lasciato in abbandono senza prender cura di lui :

4.° se non abbia curato di riscattarlo divenuto prigioniero presso il nemico, quando il poteva :

5.° se la figlia in contraddizione del padre siasi messa ad esercitare il mestiere di pubblica meretrice (1).

850. Il padre o la madre potrà esser diredato per le ragioni seguenti :

1.° se reso il figlio prigioniero presso il nemico, non abbia procurato, potendo ciò fare, di riscattarlo :

2.° se gli abbia irragionevolmente negato gli alimenti : V. l'art. 194.

3.° se divenuto furioso, lo abbia abbandonato senza prenderne alcuna cura :

4.° il padre o la madre potrà esser diredato, se uno di essi abbia dato il veleno all'altro, o l'abbia oltraggiato atrocemente :

5.° ha luogo anche la diredazione per avere uno de' genitori attentato alla vita de' proprj figli.

Le disposizioni di questo articolo avranno luogo per ogni altro ascendente.

851. L' esistenza della causa della diredazione, spiegata nel testamento, debba esser dimostrata con pruove legali (2).

---

(1) Il decreto de' 25 settembre 1828 nell'art. 10 aggiunge la seguente altra causa di diredazione :

« La contrattazione del matrimonio clandestino (vedi la nota 3, pag. 49), nel tem» po in cui la legge richiede il consenso espresso degli ascendenti, sarà causa di direda» zione da parte di quell'ascendente il cui consenso sia necessario per la legittima con» trattazione del matrimonio ».

(2) I. La prova della esistenza della causa della diredazione spiegata nel testamento debb'essere fatta dall'erede scritto, poichè la innocenza del diredato è presunta di pieno dritto; così la l. 28, C. *de inofficioso testamento* era intesa da Perezio, Cod. lib. 6, tit. 28, n. 17, e Domat parte 2, lib. 3, tit. 2, sez. 1, n. 23. Nè è da omettersi che nel supremo consiglio di Cancelleria si era proposto di dichiararsi che i motivi espressi nel testamento dovessero legalmente provarsi da coloro che ànno interesse a sostenere il testamento, presumendosi sempre l' innocenza sinò alla pruova contraria nella persona diredata ; e che nell' insufficienza di siffatte pruove dovesse cessar l' effetto della diredazione. Siffatta dichiarazione fu creduta inutile. Amorosi, *note a Duranton*, t. 8, p. 431.

II. Fatta la pruova da coloro, che ànno interesse a sostenere il testamento, della esistenza della causa di diredazione, il diredato dev'essere ammesso a fare la contro pruova, la quale è di dritto, art. 351, *proc. civ.*; che anzi il diredato, provata la causa della diredazione, può provare con testimoni di esserne cessato l'effetto con la posteriore riconciliazione avuta col defunto, arg. dell'art. 223. Era questa la dottrina del maggior numero degl' interpetri dell'antica scuola, come attesta Voet, *ad pandectas*, lib. 5, tit. 2, n. 31. E proposto nel supremo consiglio di cancelleria che si dichiarasse, potersi dimostrare di essere eliminata la diredazione co'la posteriore riconciliazione, per effetto della quale il diredato sia stato lodevolmente riguardato, in modo da presumersi l'oblio del passato ; siffatta dichiarazione fu creduta inutile per essere una conseguenza legittima delle teoriche del dritto. Amorosi, *note a Duranton*, t. 8, p. 431.

III. Il diredato che pretendendo di esser nullo o falso il testamento, avesse soccumbuto nel giudizio di falsità o di nullità, può istituire posteriormente il gravame contro la diredazione, poichè sebbene non fosse falso o nullo il testamento, potrebbe però essere ingiusta la diredazione. Del pari, se il diredato avesse cominciato il giudizio col gravame contro la diredazione, e fosse stato dichiarato ben diredato, potrebbe venire al giudizio di falsità o di nullità ; poichè se il testamento è falso, non può sussistere la diredazione, quando anche fosse stata confermata in giudizio ; l. 14, e 16 C. *de inoff. testam.* Domat, parte 2, lib. 3, tit. 2, sez. 3, n. 7 e 8.

A ciò si può aggiungere, che nel supremo Consiglio di cancelleria si propose dichiararsi, che comprovata la esistenza legale de'motivi di diredazione espressa nel testamento, il diredato possa anche impugnare di nullità, o di falsità il testamento, per farne cessare gli effetti. Questa dichiarazione fu creduta inutile. Amorosi, *note a Duranton*, t. 8 p. 431.

852. Colui che è stato giustamente diredato, si terrà come non esistente; e la sua persona non sarà messa a calcolo nel ripartirsi la quota di riserva, o sia legittima dovuta agli altri figli (1).

853. Se il figlio diredato espressamente nel testamento premuore al padre, la diredazione non pregiudica i diritti de'discendenti del medesimo.

Lo stesso vale per la madre e per ogni altro ascendente (2).

IV. Il diredato perde il dritto di gravarsi contro la diredazione con l'approvazione espressa o tacita del testamento. Sarebbe un atto di approvazione, se si accettasse un legato lasciato al diredato nel testamento che contenesse la diredazione, l. 10, § 1, ff. *de inoff. testam.* Similmente, se il diredato avesso contrattato col chiamato in tutto o in parte alla successione, se ne avesse comprato effetti, sapendolo erede, se avesse da lui preso in affitto qualche casa della successione, se gli avesse pagata una somma dovuta al testatore, o avesse ricevuto un pagamento di una somma che l'erede o il legatario fosse stato col testamento incaricato di soddisfargli; questi atti, ed altri simili sarebbero approvazioni del testamento, e l'escluderebbero dal gravame della diredazione, l. 23, § 1, ff. *de inoff. testam.* Domat, parte 2, lib. 3, tit. 2, sez, 3, n. 2 e 4.

Anticamente il gravame si prescriveva con cinque anni, l. 8, § ult. ff. *de inoff. testamento.* Oggi non essendosi stabilita una prescrizione speciale, il gravame si prescrive con trent'anni, come tutt'i dritti reali, art. 2168.

(1) Nell'antico foro era molto controvertito, se il figlio diredato dovea riputarsi com'esistente per determinare la quantità della legittima. La utilità di questa quistione era importante, perciocchè la quota di riserva variava secondo il numero de'figli, come abbiam osservato nella nota 1, pag. 387 e seg. La opinione più ricevuta era di non considerarsi com'esistente il diredato, come può vedersi in Fachineo, *controv.*, lib. 4, cap. 31; Cujacio sulla nov. 18; Perezio, C. lib. 3, tit. 28, n. 40; Voet, *ad Pandectas* lib. 5, tit. 2, n. 49.

Ma i compilatori delle *leggi civili* nel sanzionare questa opinione con la disposizione dell'art. in esame, non ànno osservato che la disposizione in parola è oggi perfettamente inutile, perciocchè la quota di riserva dovuta a'figli è invariabile, qualunque ne sia il numero, art. 829. Quindi non potendosi oggi rinnovare la quistione agitata dagl' interpetri del dritto romano, se il figlio diredato dovesse considerarsi esistente o pur no, per determinare la quantità della quota di riserva dovuta a'figli, è chiaro che l'art. in esame contiene una disposizione perfettamente inutile.

(2) Osserviamo quali sono le conseguenze che derivano da questo art., per indi notarne le imperfezioni e la discordanza con le altre disposizioni del codice.

Se il diredato premuore al disponente, la diredazione non pregiudica i dritti de' suoi discendenti, dice l'articolo in esame. La diredazione è un atto di ultima volontà, che non à effetto se non dopo la morte del suo autore; poichè non si può esser privato di una successione se non quando è aperta, e non è tale che alla morte. La diredazione è, come ogni altro testamento, rivocabile fino all' ultimo istante della vita, e quindi per la premorienza del diredato la legge à giustamente voluto che la collera contro il diredato estinta per la costui morte non colpisse la costui discendenza.

Ma se il diredato non premuore, ma sopravvive al disponente, che ne sarà della discendenza del diredato? È una conseguenza dell'art. in esame, che i figli del diredato non potranno pretendere *jure proprio* nella successione dell'avo la legittima di cui è privato il diredato, poichè la esclusione di colui che avea dritto alla legittima, fa acquistare dritto a tutta l' eredità da quegli ch' è stato chiamato dal disponente; non potranno ricevere la legittima per dritto di rappresentazione, non potendosi rappresentare l'uomo vivente, art. 661. Dunque i figli del diredato che sopravvive al testatore, non potranno nè per dritto proprio, nè per dritto di rappresentazione raccogliere la quota di riserva che sarebbe spettata al loro padre.

Siffatte conseguenze sono giuste, sono in armonia con le disposizioni generali della nuova legislazione? Esaminiamolo.

È fuor di dubbio che la folgore della diredazione è una pena. È un carattere essenziale delle pene di essere personali, e tali sono considerate nel nuovo codice. Verrà tempo in cui il sapiente legislatore cancellerà dal suo codice penale pieno di filantropia e di umanità la pena dell' *ammenda*, poichè ogni pena che sottrae dal patrimonio del delinquente qualunque somma, colpisce più la famiglia che lui.

Ritornando alla diredazione, uno de'motivi che fece sopprimere in Francia il diritto di diredazione, è che l'applicazione della pena al figlio colpevole si estendeva alla sua posterità innocente. I compilatori delle *leggi civili* napoletane nel ristabilire la diredazione ànno considerato, che non deve aver dritto a pretendere la legittima quel figlio che giu-

834. La persona diredata, quando non abbia altronde mezzi da vivere, potrà reclamare sulla eredità da cui è esclusa, gli stretti alimenti.

---

ge all'eccesso di spingere l' empie sue mani sul padre, che in questa terra è l' immagine della divinità. Dunque, noi diciamo, poteva benissimo punirsi il figlio, senza però estendere l' applicazione della pena alla posterità innocente. Doveano i figli del diredato chiamarsi per dritto di rappresentazione a raccogliere la quota legittima che sarebbe spettata al loro padre, e così si sarebbero messi in armonia i due principi di dritto pubblico: 1.° che il figlio ingrato risenta la pena della sua colpa, gli si retribuisca il male per male; 2.° che la pena applicata al figlio colpevole non si debba estendere alla sua posterità innocente, che non è meno caro all'avo equo nella sua vendetta.

Ma si dirà: come potrebbero i figli del diredato raccogliere per dritto di rappresentazione la quota legittima che sarebbe spettata al loro padre, se per la regola generale saucita nell'art. 666 non si può rappresentare l'uomo vivente? La rappresentazione in questo caso avrebbe messo la legge in discordanza.

Egli è fuor di dubbio che non si ammette per regola generale la rappresentazione dell'uomo vivente; ma è altresì indubitato, che le eccezioni lungi dal distruggere confermano la regola. Tanto è ciò vero, che il legislatore appunto in siffatta materia riconosce delle eccezioni al principio di non rappresentarsi l'uomo vivente, eccezioni da noi enumerate nella nota 1, pag. 264.

Ed in effetti, sparita presso di noi la *morte civile*, il condannato all'ergastolo è una persona vivente, incapace per altro di succedere, art. 16 *leg. pen.* La legge intanto per non far ricadere la pena inflitta al condannato, alla sua discendenza, l'ammette a rappresentare i dritti che sarebbero spettati al condannato. E chi non iscorge che è più grave il caso del condannato all'ergastolo, che quello del diredato? Il primo à offeso la società intera, e gli si è inflitta una pena perpetua così grave, che alcuni pubblicisti sono di avviso di doversi abolire: il secondo à commesso una colpa che certamente non lo proscrive dalla società, nè gli fa subire un giudizio punitivo. Con quanta giustizia adunque accordandosi il beneficio della rappresentazione a'figli del condannato, si nega poi a'figli del diredato?

E più da vicino penetrando nelle disposizioni del codice, noi troviamo che la diredazione è una indegnità pronunziata dall' uomo. Vi è anche la indegnità a succedere per motivi più gravi, pronunziata dalla legge nell' art. 648. E qui è forza osservare, che nel caso d'indegnità, l'art. 730 del codice francese chiamava a succedere i figli dell'indegno, quante volte venissero *jure proprio;* ma se aveano bisogno della rappresentazione non potevano succedere, in conseguenza della regola che non si rappresenta l'uomo vivente. Le nostre *leggi civili* nell'art. 653, per non far ricadere la pena fulminata contro il colpevole indegno a'suoi innocenti figli, ànno riformato la disposizione dell'art. 730 del codice francese, chiamando i figli dell'indegno a rappresentare nella successione il loro padre. Quanto è vero che nelle nostre leggi regnano principi pieni di filantropia e di umanità!

Or noi domandiamo. Se nella indegnità, ch'è la diredazione pronunziata dalla legge, i figli dell' indegno ricevono per dritto di rappresentazione la quota che sarebbe spettata all' indegno, qual ragione vi era per non ammettere la stessa disposizione nel caso della diredazione pronunziata dall' uomo? Vi erano per lo contrario ragioni potentissime per ammettere le stesse disposizioni, onde non vedere delle assurde inconseguenze. Suppongasi che il figlio empio si contamini del sangue paterno, e come tale viene condannato alla pena del parricidio. Egli per l'art. 648 è indegno di succedere, ma i suoi figli avranno per dritto di rappresentazione la quota che sarebbe spettata all'indegno, art. 653. Suppongasi per lo contrario che il figlio si sia renduto colpevole di un semplice delitto verso il padre, che pronunzia contro di lui la folgore della diredazione: i figli del diredato per l'art. 833 non possono per dritto di rappresentazione conseguire la legittima che sarebbe spettata al diredato. Dunque i figli dell'indegno nell'attuale sistema godono maggior favore de'figli del diredato. La indegnità che si pronunzia per un reato grave non colpisce la famiglia dell'indegno: per lo contrario la semplice diredazione fa cadere la pena ne'figli del diredato. Sono meno cari all'uomo i figli del diredato, che quelli dell'indegno?

Sicchè per essere in armonia il titolo *della indegnità* con quello della *diredazione*, per non vedere sacrificate le affezioni del cuore umano, per non rimproverare alla legge il vizio di veder punita la famiglia pel colpevole, si avrebbe dovuto nell' art. 833 stabilire coerentemente all'art. 653, che la diredazione non è di ostacolo a'figli del diredato a ripetere la legittima che sarebbe a costui spettata; privandosi il diredato dell' usufrutto che gli spetterebbe su'beni che raccoglierebbero i figli minori.

CAPITOLO IV.

Delle donazioni tra vivi.

SEZIONE I.

Della forma delle donazioni tra vivi (1).

V. gli art. 815, 872, 1293, 1294, 1845.

855. Ogni atto che contenga una donazione fra vivi, sarà stipulato innanzi a un notajo nella forma ordinaria de' contratti; e ne rimarrà presso di lui la minuta sotto pena di nullità (2).

---

(1) Per dritto naturale le donazioni non sono soggette a formalità speciali di quelle degli altri contratti. La scrittura è richiesta più per contestare la esistenza dell' atto, che per la validità dell'atto medesimo. Giustiniano si attenne a questi principi semplici, quando con la l. 35, C. *de donationibus* stabilì, che le donazioni tra vivi non esigevano nè la tradizione, nè la stipulazione, nè il nudo patto, ma bastare per la sua efficacia ogni testificazione della volontà del donante, quantunque il donatario non fosse presente. Alcuni prammatici furono di avviso, che per essere perfetta la donazione era necessaria l'accettazione del notajo pel donatario assente; ma il presidente Fabro con la superiorità del suo ingegno dimostrò l' erroneità di questa dottrina nella sua opera *de erroribus pragmaticorum*, decad. 47, error 1, e 2. Egli dimostrò limpidamente che l'intervento del notajo negli atti di donazione non avea altro oggetto che di assicurare la verità dell'atto.

Il codice moderno si è allontanato dalla semplicità del dritto di Giustiniano, stabilendo delle formalità rigorose per la validità delle donazioni tra vivi. Oggi le donazioni sono mirate poco favorevolmente, in quanto che privano le famiglie delle loro legittime speranze. Si è considerato d'altronde, che gli uomini non debbono troppo leggiermente spogliarsi delle loro proprietà. La presenza di un notajo e de' testimoni, un atto accompagnato da solennità avverte l'uomo a badare seriamente ch'egli spogliandosi a titolo di donazione di una cosa, non à più dritto a riprenderla.

(2) I. Dovendosi l'atto di donazione tra vivi stipulare innanzi a un notajo *nella forma ordinaria de' contratti*, ne segue che tutte le disposizioni della legge de' 19 novembre 1819, sulla forma de' contratti notariali, sono comuni alle donazioni tra vivi — Inoltre la *minuta* dell'atto deve restare presso il notajo sotto pena di nullità, come prescrive questo articolo; donde consegue che l'atto non può farsi in *brevetto* ch'è l'originale che si rilascia alla parte. E per qual ragione la minuta deve restare presso il notajo? « La donazione tra vivi, disse l'oratore del governo, è un atto col quale quello che l'accetta si obbliga a compierne le condizioni. Non deve stare in potere nè dell' una, nè dell' altra parte di distruggerla, sopprimendo l'atto che ne contiene la pruova di sua esistenza » Locré 5, p. 325, n. 34 (*).

(*) Nel corpo del dritto si trovano specificati molti casi ne' quali si richiede che gli atti sieno stipulati in forma autentica, non potendosi formare con iscrittura privata.

È utile farne una enumerazione:

1.° Per la procura nelle opposizioni al matrimonio, art. 69.

2.° Per le procure nelle conciliazioni, nella disapprovazione del fatto de' patrocinatori, nella ricusazione de' giudici, nel chiedere la remissione delle cause da un tribunale ad un altro, nel presentare l'istanza introduttiva dell'azione di presa a parte; art. 26, 477, 445, 462, e 575, proc. civ.

3.° Per l'inventario, art. 1019, proc. civ.

4.° Pel riconoscimento del figlio naturale; art. 257.

5.° Per la società tra il defunto e l'erede onde evitar la collazione: art. 773.

6.° Per l'accettazione della donazione: art. 856.

7.° Per la procura dell'accettazione della donazione: art. 857.

8.° Per l'abilitazione dell'erede indegno a succedere: art. 651.

9.° Per la donazione: art. 855.

10.° Per la chiusura del testamento mistico o secreto: art. 902.

11.° Pe' patti nuziali; art. 1348 e 1350.

12.° Per la surroga di un terzo ne' dritti del creditore: art. 1203.

13.° Per l'accettazione della cessione di un credito: art. 1536.

14.° Per la nomina del tutore incaricato dell'esecuzione delle disposizioni permesse: art. 1011.

15.° Pel ristabilimento della comunione sciolta colla separazione delle persone, o de' beni: art. 1415.

16.° Pel mutuo delle somme somministrate nell'acquisto di un immobile: art. 1972, n. 2.

17.° Per la costituzione d'ipoteca convenzionale: art. 2013.

18.° Pel consenso riguardante la radiazione dell' iscrizione: art. 2032.

19.° Per cangiarsi dal cessionario di un credito il domicilio: art. 2046.

856. La donazione fra vivi non obbligherà il donante, e non produrrà alcun effetto se non dal giorno in cui sarà stata accettata in termini espressi. Eccezione negli art. 1042, 1075, 1845.

L'accettazione potrà farsi, durante la vita del donante, con un atto posterio-

La nullità dell'atto di donazione non rivestito delle formalità prescritte da questo art. è tale, che se l'atto contenesse le firme di tutte le parti non sarebbe meno nullo, giacchè non può valere come scrittura privata. L'art. 1272 quindi non è applicabile agli atti di donazione. Duranton, t. 8, n. 386.

La nullità dell'atto di donazione potrebbe essere opposta dallo stesso donante, il quale non potrebbe confermarla con un atto, ma sarebbe necessario che fosse fatta di nuovo nelle forme legali, art. 1293. La conferma però per parte degli eredi del donante, sanerebbe ogni vizio dell'atto di donazione, art. 1294.

L'esecuzione volontaria per parte del donante di una donazione nulla per mancanza dell'atto notariale rende inammessibile il donante ad impugnarla, poichè l'esecuzione volontaria di una donazione con iscrittura privata ne sana la nullità. Si potrebbe opporre l'art. 1293; ma questo art. forma eccezione all'art. 1292 per rispetto alle donazioni, se non in ciò che concerne gli *atti confermativi*, cioè gli atti di conferma espressa, quelli che vengono messi in iscritto, e non in ciò che concerne la ratifica tacita, che si opera coll'esecuzione volontaria dell'obbligazione. Toullier, t. 5, n. 173 e 190, e t. 8, n. 525; Merlin, rep. v. *acte sous singe privé*, § 2.—*Contra* Duranton, t. 8 589, il quale riferisce un arresto della cass. di Parigi de' 16 giugno 1821, nel quale si è ritenuta la teorica che l'art. 1293 contiene un'eccezione all'art. 1292 non solo per gli atti confermativi, ma anche per la esecuzione volontaria.

II. Ritenuto che la forma degli atti che contengono donazione dev'essere autentica, non bisogna dedurre che ogni donazione dev'essere fatta con atto autentico. Per evitare questa conseguenza l'art. in esame non dice che *ogni donazione* dev'esssere fatta in forma autentica, ma dice *ogni atto che contenga donazione tra vivi;* val dire che nel caso in cui la donazione si riducesse in iscritto, l'atto dev'essere ridotto in forma autentica. Che anzi le parti possono adottare la forma di un altro contratto anche nelle donazioni che debbono essere ridotte in iscritto, senza potersi dedurre che l'atto dev'essere autentico sul motivo che l'art. in esame dice *ogni* atto. Imperciocchè la espressione *ogni* non dev'essere presa sempre alla lettera, ed all'uopo insegna Cujacio, *consult.* tit. 5: *OMNE non semper comprehendit omne; unde possum vere confirmari non duci idoneum argumentum ex particula OMNIS.*

Quindi si è stabilito:

1.° Che le donazioni celate sotto la forma di un contratto oneroso, fatte a persone capaci di ricevere, ed in quanto non eccedono la quota disponibile, sono valide, ancorchè contenute in un atto privato, come dimostrammo nella nota 3, pag. 385.

2.° Che le donazioni *remuneratorie* non debbono stipularsi con le forme prescritte nell'art. in esame: vedi la nota alla pag. 367.

3.° Che lo stesso debbe dirsi delle donazioni *onerose*, tanto se contengono pesi a favore del donante, tanto se l'atto contiene la stipulazione a favore di un terzo e permessa dalart. 1075. Toullier, t. 5, n. 176; Duranton, t. 8, n. 398.

4.° Che le donazioni de'mobili corporali, possono essere manuali, ed il possesso vale per titolo, art. 2185. Che se l'art. 872 parla di stato estimativo da alligarsi all'atto di donazione, non può farsene l'applicazione che alle donazioni di mobili che si fanno con un atto. Consultando il processo verbale del consiglio di stato, si vede che con questa idea fu compilato l'art. 872. L'art. era stata primieramente proposto in questi termini: « *ogni donazione* di » mobili, *se non vi è tradizione reale*, sarà nulla, se non sia stato annesso alla minu» ta della donazione uno stato estimativo, etc. » — Ma questa compilazione fu rigettata, e vi si sostituì quella che presenta l'art. 872, sull'osservazione di Tronchet, « *che quante*

20.° Pel consenso del genitore al minor emancipato ond'esercitar la mercatura: art, 6 *leg. di eccez.*

21.° Pel ricevo del testatore a favore del notajo del testamento mistico che si vuol ritirare: art. 33 *della leg. sul notariato de' 23 novembre 1819.*

22.° Per le divisioni de'beni che fanno gli ascendenti tra i discendenti, non che per la dispensa dalla collazione ed imputazione, si debbono osservare le formalità delle donazioni tra vivi o de' testamenti: art. 1032, 789 e 835.

23.° Pel consenso degli ascendenti pel matrimonio de'discendenti, art. 75.

24.° Per gli atti rispettosi: art. 168.

25.° Per la nomina di un contutore, quando à luogo con atto tra vivi; art. 314.

26.° Pel consenso per la scarcerazione del debitore, quando non sia iscritto nel registro degli atti di carcerazione; art. 884, proc. civ.

27.° Per lo stabilimento delle società anonime; art. 53, *leg. di eccezione.*

28.° Per un atto di rivocazione di un testamento: art. 990.

29.° Pel consenso d'immobilizzazione di una partita iscritta sul Gran libro: v. la nota 1, pag. 132.

re ed autentico, di cui pure rimarrà la minuta; ma in tal caso la donazione non avrà effetto relativamente al donante, se non dal giorno in cui gli sarà stato notificato l'atto che proverà l'accettazione (1).

» *volte la donazione è fatta mediante un atto*, debb'essere accompagnata da un titolo, anche quando vi sia tradizione reale, perciocchè, senza di tal precauzione non si perverrebbe a fissare la legittima de'figli » Locré 5, p. 258, n. 6.

Nè diversamente si è espresso l'oratore del tribunato, Jaubert: » Il progetto, egli disse, » non fa parola delle donazioni manuali, e ciò non senza ragione. I doni manuali non sono suscettibili di alcuna forma. Altra norma non è da seguirsi a tal riguardo se non la » tradizione, salvo ciò non ostante, ove competa di dritto, la riduzione e la collazione » Locré 5, p. 353, n. 45.

I dotti quindi convengono che si possono donare di mano a mano somme o altre cose mobili, senza fare alcun atto contenente donazione: basta la tradizione. Merlin, rep. v. *donation*, sez. 2, § 7, e *quistioni di dritto*, § 6; Toullier, t. 5, n. 177; Duranton, t. 8, n. 388.

5.° Che quanto si è detto nel numero precedente pe' mobili corporali, non si applica ai mobili incorporali, come alle rendite, a crediti che si volessero donare ad un terzo. I dritti incorporali non sono suscettivi di tradizione reale, ma per trasferirsi ànno bisogno di un atto espresso di cessione: la consegna del titolo produce la cessione della proprietà tra il cedente e'l cessionario, art. 1355; ma in faccia al terzo dev'essere provato con un atto la cessione, art. 1356, e quindi se la cessione è a titolo gratuito dev'essere fatta con le forme degli atti di donazione. Toullier, t. 5, n. 139: Grenier, n.179, bis; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 92; Duranton, t. 8, n. 396. Arresto della corte di Cass. di Parigi de' 24 luglio 1822, Sirey 24, l, 23.

Lo stesso dicasi de' biglietti ad ordine con una semplice girata in bianco. La corte di cassazione di Parigi con arresto de' 13 dicembre 1812 decise, è vero, che la consegna de' biglietti ad ordine con girata in bianco consumi validamente la donazione; ma Merlin, *questions de droit*, v. *donation*, § 6 ha fatto una severa censura di questo arresto: egli ritiene che la firma messa a piè di un biglietto ad ordine non ne trasferisce la proprietà, che quando è preceduta dalla espressione del nome del cessionario, della valuta che à somministrato pel prezzo della cessione, e della data della cessione medesima; in mancanza di siffatte condizioni, la firma messa a piè di un biglietto ad ordine non è che *una procura*, art. 136 e 137 delle *ll. di eccez.* Quindi conchiude Merlin, che le disposizioni del codice di commercio pel trasferimento de' biglietti ad ordine, non sono state fatte per regolare il trasferimento a titolo gratuito, poichè non essendovi *valuta somministrata*, non si può adempiere l'una delle condizioni imposte dalla legge alla girata, acciò sia traslativa di proprietà; ed è perciò che non si possono donare biglietti ad ordine mediante girata: relativamente al trasferimento mediante donazione, i biglietti ad ordine riprendono la natura di crediti ordinari che non possono donarsi che per atto pubblico, a meno che la donazione non sia mascherata sotto le apparenze di un contratto oneroso — Questa dottrina di Merlin è esatta per ciò che riguarda di non doversi risguardare donazione il trasferimento di un biglietto ad ordine con una girata in bianco; ma è troppo rigorosa nel richiedere un atto pubblico per la donazione di un biglietto ad ordine. E perchè non sarebbe sufficiente la menzione nella girata di esserlo a *causa di donazione?* La corte di appello di Parigi con decisione de'6 maggio 1815 (Sirey, 16, 2, 67) giudicò, che la donazione di un effetto commerciale era stata validamente fatta mediante semplice girata ch'esprimeva di esserlo a causa di *donazione*.

(1) La disposizione di questo art. dà luogo alle seguenti riflessioni:

Primo—Che la donazione, come tutti gli altri contratti, si forma col consenso delle due parti; ma à di speciale che nell'atto di donazione deve farsi espressa menzione di essersi la donazione *espressamente* accettata dal donatario. La presenza del donatario, la sua firma non sono fatti che possono supplire alla mancanza di espressa accettazione, poichè la legge non vuole accettazione presunta, ma espressa. È vero che le parole, *accettata in termini espressi*, non sono sacramentali, ma non può convenirsi con Toullier, t. 5, n. 188, che se fosse dichiarato alla fine dell'atto, che le parti ànno così *voluto e consentito*, sarebbe una accettazione sufficiente. Sarebbe questa dichiarazione sufficiente come accettazione tacita, ma la legge vuole l'accettazione espressa. Grenier, t, 1, n. 157, bis.

Secondo — Che la donazione per esser valida, non è necessario che l'accettazione si contenga nello stesso atto. L'accettazione può eseguirsi con atto posteriore, ma per produrre l'effetto della irrevocabilità si richiedono tre condizioni: 1.° Che l'accettazione sia fatta con atto autentico, di cui minuta rimanga presso il notajo; 2.° Che l'accettazione sia fatta in vita del donante; 3.° Che sia notificata al donante.

857. Se il donatario è maggiore, l'accettazione dee farsi da lui, o in suo nome da persona munita di procura speciale, o che abbia la facoltà generale di accettare le donazioni già fatte, o che potessero farsi. V. gli art. 1860, 1861, 1862, 1870.

Questa procura dovrà esser fatta innanzi a notajo (1), ed una copia legale della medesima verrà annessa alla minuta della donazione, o a quella dell'accettazione, qualora questa si fosse fatta con atto separato.

858. La donna maritata non potrà accettare una donazione senza il consenso del marito, o, nel caso del di lui rifiuto, senza l'autorizzazione giudiziale, in conformità di ciò che è disposto negli articoli 206 e 208 sotto il titolo *del matrimonio* (2). V. gli art. 214, 866, 1079 ll. cc.; 939 a 942, p. c.

Da ciò consegue:

1.° Che se il donatario muore prima dell'accettazione, l'accettazione non può esser fatta da' suoi eredi, poichè gli eredi non possono esercitare un dritto che non avea acquistato il loro autore. Lo stesso dicasi se il donatario avesse destinato un procuratore per accettare, e morisse prima che il procuratore avesse eseguito l'accettazione: il mandato trovasi estinto con la morte del mandante, art. 1875: Toullier, t. 5, n. 212; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 99; Duranton, t. 8, n. 419.

2.° Che la donazione non à effetto relativamente al donante, se non dopo l'accettazione notificata. Sino a quel momento il donante può considerare la donazione come un progetto, e quindi potrebbe rivocarla, ed a più forte ragione gravare i beni, alienarli ec. In conseguenza il donatario riceve gli oggetti donati con le alienazioni fatte dal donante, o gravati da ipoteche o altri pesi reali imposti dal donante medesimo. Pothier, *donations entre vifs*, sez. 2, art. 1; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 101; Toullier, t. 5, n. 214; Maleville sull'art. 933 (856).

3.° In quanto agli effetti delle donazioni per incapacità sopravvenute al donatario o al donante prima della notifica dell'accettazione, vedi la nota alla pag. 375, n. III, e la nota 1, p. 378.

(1) È notevole che questo art. non esige che della procura fatta dal donatario per l'accettazione rimanga minuta presso notajo, come l'esige per l'atto di donazione e per quello dell'accettazione. La procura quindi può esser fatta con atto in brevetto, massime perchè l'art. 34 della legge *sul notariato* permette di rilasciare in brevetto le procure. Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 103; Toullier, t. 5, n. 191 — *Contra*, Duranton, t. 8, n. 431.

La legge vuole la procura autentica in quanto al mandatario che deve accettare pel donatario, ma non esige che la procura sia autentica quando il donante vuole farsi rappresentare da un procuratore. Bene quindi decise la corte di Tolosa a' 19 agosto 1824 (Dalloz, *rec. pér.*, 1826, 1, 226) che il donante può farsi rappresentare nell'atto di donazione da un mandatario munito di una procura non autentica, per la ragione che la legge, la quale esige un mandato autentico dal canto del donatario per l'accettazione della donazione fatta per mezzo di un procuratore, non esige la stessa formalità per assicurare la legalità del concorso del rappresentante del donante. È questa pure l'opinione di Troplong, *hypot.*, n. 510.

(2) È molto controvertito, se il donante e i suoi eredi possono rivocare una donazione accettata da una donna maritata non autorizzata. Toullier, t. 2, n. 661, e t. 5, n. 193 e 196 à dottamente dimostrato la negativa, per la ragione che oggi la incapacità della donna maritata non è assoluta, ma relativa (vedi la nota 3, p. 54, e la nota 3 p. 57) ed il donante non può far valere una nullità introdotta nel favore della donna; art. 206, 208, 214, 1079. Questa dottrina è fortemente impugnata da Grenier, t. 1, n. 61, da Proudhon, *cours de droit Français*, n. 276, da Delvinc., l. 3 t. 4, n. 105, e da Merlin, rep. t. 16, v. *donation*, p. 204. Questi autori si fondano sul motivo che l'accettazione espressa è una formalità particolare delle donazioni, e quando non è legalmente fatta non esiste accettazione. Aggiungono che l'art. 858 adoperando le parole « la donna maritata *non potrà* » questa formola induca la pena di nullità, secondo il *brocardo* ricavato dalla glosa sul capitolo 1, de R.°I.: *negativa praeposita verbo tollit potentiam juris et facti, et inducit necessitatem praecisam.*

La dottrina di Toullier sembra preferibile, perchè consona a' principî generali sulla incapacità delle donne maritate. Nè si può comprendere che con le parole *non potrà*, adoperate nell'art. in esame, siesi voluto fare una eccezione alla regola, eccezione che non avrebbe avuto alcun oggetto. I compilatori del codice non ànno certamente tenuto presente alla mente l'antico *brocardo*, impiegando le parole *non può*, nel senso di pronunziare la nullità; per lo contrario quando ànno voluto pronunziare la nullità l'àn detto, come negli art. 395, 425, 453, 1418, 1447, 1408, 1509. Diremo dippiù che alle parole *non può* i compilatori

V. gli art. 291, 292, 386, 432, 866. 859. La donazione fatta ad un minore non emancipato, o ad un interdetto, dovrà essere accettata dal suo tutore (1), previa l'approvazione del consiglio di famiglia.

V. l'art. 405. Il minore emancipato potrà accettare coll'assistenza del suo curatore (2).

Ciò non ostante il padre e la madre del minore, sia o no emancipato, o gli altri ascendenti, benchè non sieno nè tutori nè curatori del minore, e benchè sieno ancora viventi i di lui genitori, potranno accettare per lui: e se uno di essi sarà il donante, l'altro potrà accettare (3).

---

del codice non ànno attaccato la pena di nullità, e di questa idea ci offre la pruova il processo verbale del consiglio di stato nella discussione dell'art. 2107, uniforme all'art. 2206 del codice francese. In questo articolo è stabilito, che non si può procedere alla vendita degl'immobili di un minore prima della discussione de' mobili. La sezione di legislazione del consiglio di stato intese attaccare la pena di nullità a questa formalità, ma comprendendo che la nullità non poteva farsi derivare dalle parole *non può*, propose un articolo nel quale si ammetteva l'azione di nullità. Sulle osservazioni del tribunato questo articolo fu soppresso, e rimase l'art. 2206 (2107) nel senso di non doversi attaccare la pena di nullità alla sua disposizione.. Locrè, t. 8, p. 308 e 309.

Lo stesso Merlin conviene che le parole *non può*, impiegate nell'art. 228 (156), non importavano la nullità delle seconde nozze della donna prima de' 10 mesi dalla morte del primo marito (vedi la nota 3, pag. 46). Sicchè resta vie maggiormente confermata la dottrina di Toullier, la quale è seguita anche da Duranton, t. 8, n. 435.

(1) E se il tutore è che fa una donazione al pupillo, dev'essere accettata dal tutore surrogato: *nemo potest esse auctor in rem suam*. Così insegnano Toullier, t. 5, n. 202, e Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 105; ma Grenier, n. 65 e 66, e Duranton, t. 8, n. 443 opinano che l'accettazione dev'essere fatta da un tutore *ad hoc* destinato dal consiglio di famiglia.

(2) La quistione esaminata nella nota 2, pag. 419, se possa rivocarsi la donazione fatta ad una donna maritata non autorizzata, si è agitata per le donazioni fatte a'minori non emancipati, senza la deliberazione del consiglio di famiglia, ed a'minori emancipati senza l'assistenza del curatore. Merlin, *additions*, v. *Mineur*, § 7, Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 105, e Grenier, n. 61 bis, sostengono la nullità della donazione. Toullier, t. 5, n. 196 seguito da Duranton, t. 8, n. 436 si pronunziano per la validità della donazione, e noi preferiamo questa dottrina per le ragione date nella citata nota.

Accettata una donazione fatta al minore colle debite forme, è irrevocabile, art. 389, e 1268: Duranton, t. 8, n. 444. *Contra* Grenier, n. 83, il quale lungamente discute le quistione, e sostiene che l'art. 389 non è applicabile alle donazioni onerose.

(3) Ecco come Bigot-Préameneu rende ragione di questo terzo comma dell'art. 859. » Si volle egualmente schivare che, in forza di atti sempre presunti avvantaggiosi, i minori sieno vittime degl'interessi personali o della negligenza di coloro che la legge destina ad accettar per loro—I legami del sangue o dell'affezione furono risguardati in tal caso qual sufficiente mandato; e senza portar veruno attacco nè alla patria potestà, nè all'amministrazione de' tutori, ogni ascendente, sì dell' uno che dell' altro sesso ed in qualunque grado sieno, avranno il potere di accettare per i loro discendenti, ancorchè vivessero i genitori, ed abbenchè non sieno nè tutori nè curatori del minore, e ciò senza che vi sia bisogno di veruno avviso de'parenti » Locrè 5, p. 325, n. 26.

Segue adunque da ciò:

1.° Che l'accettazione fatta dall'ascendente non dev'essere preceduta dell' autorizzazione del consiglio di famiglia, come l'à detto l'oratore del governo nel passo riferito, e cocome ne convengono gli autori, sul motivo che il terzo comma dell'art. stabilisce una eccezione derogatoria con le parole, *ciò non ostante*. Toullier, t. 5, n. 197; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 109; Merlin, rep. *additions*, v. *mineur*, § 7, n. 3; Grenier, n. 156; Duranton, t. 8, n. 441.

2.° Che la madre e l'avola non ànno bisogno dell'autorità del marito, per accettare nell'interesse del suo figlio o discendente minore. Le donne sono soggette all' autorizzazione solo per gli atti fatti in proprio nome; tanto è ciò vero, che le donne possono essere mandatarie senza l'autorità del marito, art. 1862. Or la facoltà di accettare pel figlio minore è un mandato che riceve la madre dalla legge. D' altronde la madre accettando pel figlio non si obbliga ne'beni propri, e la facoltà accordata alla donna fonda sull' affezione e su' ligami del sangue, indipendentemente dalla potestà maritale. Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 109; Toullier, t. 5, n. 198; Duranton, t. 8, n. 438. *Contra*, Grenier, n. 64.

3.° Che vi sono gli stessi motivi per applicare la disposizione del terzo comma dell' art.

860. Il sordo e muto che sappia scrivere, potrà accettare egli stesso, o col mezzo di procuratore, V. gli art. 903, 1856.

Se non sappia scrivere, l'accettazione dovrà farsi da un curatore nominato secondo le regole stabilite nel titolo *della minore età*, *della tutela e della emancipazione*. V. gli art. 328, 329 e seg.

861. Le donazioni fatte a favore degli spedali, de' poveri di un comune, o degli stabilimenti di utilità pubblica, o di qualunque altro corpo morale, saranno accettate dagli amministratori rispettivi dopo che ne sieno stati debitamente autorizzati (1). V. gli art. 10, 826, 866.

862. La donazione accettata nelle forme sarà perfetta col solo consenso delle parti: e la proprietà delle cose donate s'intenderà trasferita nel donatario senza la necessità di formale tradizione (2). V. gli art. 632, 1428, 1092, 1450, 2076.

863. Quando si farà donazione di beni capaci d'ipoteche (3), gli atti di donazione e di accettazione, e la notificazione di questa accettazione, se si fosse fatta con atto separato, dovranno trascriversi negli ufizj delle ipoteche esistenti nella provincia o valle in cui sono situati i beni (4).

864. Questa trascrizione dovrà eseguirsi ad istanza del marito, allorchè i beni saranno stati donati alla moglie: e se il marito non adempia a tal formalità, la moglie potrà farla eseguire senza autorizzazione. V. la nota 3, alla pag. 53.

Se la donazione siasi fatta a minori o interdetti, o a stabilimenti pubblici e corpi morali, la trascrizione si eseguirà ad istanza de' tutori, curatori, o amministratori.

865. Potrà opporsi la mancanza di trascrizione da qualunque persona inte-

---

in esame agli ascendenti del maggiore interdetto, art. 425. Delvincourt, lib. 3, cap. 2° sez. 1; Duranton, t. 8, n. 442;

4.° Che la patria potestà estendendosi sopra i figli naturali riconosciuti, art. 310, i genitori de' figli naturali minori possono per essi accettare una donazione: gli altri ascendenti non avrebbero questo dritto, poichè i figli naturali non appartengono alla famiglia, arg. degli art. 259 e 677. Una donazione quindi fatta ad un figlio naturale privo de' genitori, non potrebbe accettarsi che da un tutore *ad hoc*. Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 108; Toullier, t. 5, n. 199; Grenier, n. 67 e 68; Duranton, t. 8, n. 440.

(1) Vedi la nota alla pag. 113 in princ., n. II.

(2) Il principio di esser perfetta la donazione col solo consenso delle parti (*Secus* delle donazioni tra conjugi che sono rivocabili, art. 1050) è una conseguenza dello spirito generale del codice che trasferisce la proprietà col solo consenso: vedi la nota 2, pag. 241. In quanto alla donazione de' mobili, la quistione di proprietà non si deciderebbe a favore del donatario per la sola ragione che il suo titolo fosse anteriore a quello di un' altra persona cui il donante avesse posteriormente venduto o donato e consegnato i mobili: si preferisce colui cui si è fatta la tradizione, art. 1095, come negli altri contratti. Vedi la citata nota 2, pag. 241.

(3) Il numero 1 dell'art. 2004 stabilisce quali sono i beni capaci d'ipoteca. Evidentemente sono compresi in questa disposizione i dritti enfiteutici del padrone diretto e del padrone utile, poichè l'uno e l'altro dominio costituiscono un immobile per l'oggetto cui si riferiscono, art. 449. Inoltre pel dominio utile affermativamente si esprime l'art. 1590; e l'ipoteca del dominio diretto à maggiore solidità, perchè non soggetto a devoluzione: *vedi l'art. 81 della legge de' 29 dicembre 1828 sull'espropriazione forzata*. Laonde deve ritenersi che la donazione del dominio utile o del dominio diretto deve trascriversi.

Le parole *capaci d'ipoteca* qui significano dritti sopra immobili, e quindi la donazione di un dritto di servitù ch'è immobile, art. 449, debbe trascriversi. Così pensano Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 124, e Grenier, t. 1, n. 162. *Contra*, Duranton, t. 8, n. 504 — Vedi la nota 2, pag. 228.

(4) Quale sia l'oggetto della trascrizione della donazione degl' immobili, vedi la nota seguente. Qui solo osserviamo, che quando i beni donati sieno situati in diverse provincie, la trascrizione si fa in ciascuno ufizio delle province, perchè soltanto in questo modo i terzi potrebbero conoscere la donazione riguardo a' beni situati in ciascuna provincia. Il dritto fiscale però sarà pagato una sol volta nel primo ufizio cui si esegue la trascrizione: *art. 109 della legge de' 21 giugno 1819 sul registro*.

ressata, eccettuati però coloro che hanno l'obbligo di farla eseguire, o che hanno causa da essi; ed eccettuato pure il donatore e gli eredi di lui (1).

(1) Per risolvere le gravi difficoltà che presenta la compilazione di questo articolo, conviene primamente discorrere della *insinuazione* cui erano soggetto le donazioni per dritto romano, ed indi osservare quale sia nella nuova legislazione l'oggetto della trascrizione.

Il dritto romano sottometteva alla *insinuazione* le donazioni tra vivi, le quali eccedevano il valore di 500 soldi, *quingentos solidos*. L'oggetto della insinuazione non solo era quello di garantire i dritti de'terzi, ma era una solennità introdotta per servir di freno alla troppo grande facilità che avrebbero avuto i cittadini di rovinarsi con delle inconsiderate liberalità. Quindi la insinuazione era una formalità intrinseca della donazione, e senza la quale lo stesso donatore non era obbligato; il che risulta dalle leggi 34 e 36 C. *de donationibus*.

La pubblicità degli atti traslativi di dominio o che aggravavano di pesi reali le proprietà, nell'antico dritto del regno si era tentata. Pruova evidentissima di ciò è nelle prescrizioni che furono date nel 1477 da Ferdinando I, nel 1533 da Carlo V, e nel 1609 da Filippo III. Ignobili motivi impedirono la esecuzione di tali disposizioni, e de Ponte, *cons. 84, vol. I*, e Capocelatro, *dec. 156, n. 14 e 48* attestano che nel regno la formalità dell'insinuazione non era osservata. Ma con prammatica del 30 luglio 1786 fu stabilito in Napoli un pubblico Archivio per la compendiosa registrazione di tutti i contratti che si stipulassero in Napoli, suoi borghi, distretti e casali, nel regno o fuori regno, i quali fossero traslativi di dominio o che producessero azioni reali ne'beni siti nel detto tenimento. Cotesto stabilimento di generale archivio con dispaccio de' 18 novembre 1796 fu esteso a vari paesi che ora formano parte delle province di Napoli e di Terra di Lavoro, ed indi a tutt'i domini continentali con dispaccio de'26 febbrajo 1805, che per altro non ebbe esecuzione per l'occupazione avvenuta nel 1806—In Sicilia, nelle cancellerie di ciascun comune dette *uffici de' maestri notari de'giurati* erano tenuti alcuni libri destinati a notarvi le donazioni: l' uffizio era denominato *Insinua*. Nel 1604 furono sottoposti sotto pena di nullità alla formalità del registro le donazione *inter vivos et causa mortis*.

La Francia, sotto l'impero dell'antica legislazione, riconosceva anche la formalità della insinuazione come essenziale per la validità della donazione. Dopo la rivoluzione fu alla insinuazione rimpiazzata la trascrizione nella cancelleria de'Tribunali, ed indi con legge degli 11 brumajo anno 7, si sostituì alla formalità della trascrizione nella cancelleria dei Tribunali, quella della trascrizione nell'uffizio delle ipoteche.

Stabilito queste nozioni indispensabili per comprendere la disposizione dell'art. 865, passiamo ad esaminarne le conseguenze.

Il codice civile abolì la formalità della insinuazione, e vi sostituì quella della trascrizione. Non abbiasi però a dedurne che la formalità della trascrizione sia identica a quella della insinuazione. Imperciocchè abbiamo visto che senza la insinuazione la donazione non era perfetta, e per lo contrario oggi la trascrizione è richiesta nell'interesse de'terzi: ne fan fede l'art. 862 che dichiara perfetta la donazione col solo consenso delle parti, e l'art. in esame che nega al donante il dritto di opporre la mancanza della trascrizione. Grenier nella prima edizione del trattato *delle donazioni* sostenne che la mancanza di trascrizione poteva opporsi dagli *eredi* del donante, e di questa opinione Merlin fece una severa censura nelle dotte conclusioni profferite all'udienza della Corte di Cassazione de'12 dicembre 1810 (*rep.* v. *donation*, sez. 6, § 3), la quale ritenne, uniformemente alle conclusioni, di non potersi la mancanza di trascrizione opporre dagli eredi del donante. Il nostro legislatore à fatto sparire questa difficoltà, dichiarando testualmente nell'art. 865 che gli eredi del donante non possono opporre la mancanza della trascrizione. Sicchè resta vie maggiormente confermato il principio, che la formalità della trascrizione non è identica alla insinuazione de'romani.

Ciò premesso, passiamo ad esaminare nell'interesse di quali persone è richiesta la formalità della trascrizione, e quali ne sono gli effetti.

La trascrizione non è una formalità introdotta nell'interesse del donante, ed è perciò che la mancanza non può da lui e da'suoi eredi essere opposta. L'art. 865 ne eccettua pure coloro che a'termini dell'art. 864 aveano l'obbligo di farla eseguire, ed i loro aventi causa. Da chi dunque, eccettuate queste persone, può essere opposta? *Da qualunque persona interessata*, dice lo stesso art. 865. Ma che si è voluto intendere con queste parole, *qualunque persona interessata?* La risoluzione di questa quistione à scisso gli autori e le corti: conviene passare per ciò a rassegna i diversi sistemi, per indi presentare talune riflessioni.

Il sig. Grenier stabilì nella prima edizione del suo trattato *delle donazioni*, che la tra-

866. I minori, gl'interdetti, le donne maritate, non saranno restituiti *in* V. l'art. 1266.

scrizione della donazione era richiesta per trasferire la proprietà al donatario, così che non solo i terzi acquirenti ed i creditori ipotecari del donante, ma anche i costui eredi, legatari e donatari posteriori potevano opporre la mancanza di trascrizione. Questa dottrina incontrò una viva resistenza in Merlin, che nella riferita requisitoria de' 12 dicembre 1810 dimostrò, che le parole, *qualunque persona interessata*, non indicano che coloro i quali avessero trattato col donatore nell'ignoranza della donazione che avea fatta, e che non sono risponsabili del suo fatto, val dire, i creditori verso i quali siesi obbligato, i terzi ai quali avesse venduto o trasferito a qualunque altro titolo oneroso i beni di cui si era precedentemente spogliato con una donazione. E la Corte di Cassazione con un secondo arresto de' 10 aprile 1815 in Sirey, 15, 161, stabilì la stessa dottrina, che cioè la mancanza di trascrizione potesse opporsi da'creditori e da'terzi acquirenti — Grenier nella seconda edizione modificò la sua prima opinione, coerentemente al sistema della Corte di Cassazione.

Il sistema della Corte di Cassazione e di Grenier fu vivamente impugnato con profonda dialettica da Toullier, t. 5, n. 236 a 240. Questo dotto giureconsulto partì dal principio che al tempo della compilazione del titolo *delle donazioni* s' ignorava il sistema che si sarebbe adottato sugli effetti della trascrizione, nè coll'art. 865 s'intese stabilire che cosa è la trascrizione e quali ne sieno gli effetti. Conviene quindi egli osservò, ricorrere al titolo *de' privilegi e delle ipoteche* per conoscere l'oggetto e gli effetti della trascrizione. Dal complesso degli art. 2075, 2076, 2082, 2083 e 2084 leg. civ. 917 e 919, proc. civ. risulta, che l' effetto della trascrizione consiste: 1.° In liberare gl'immobili da'privilegi e dalle ipoteche anteriori, impedendo a coloro che ne aveano acquistato il dritto la inscrizione de'loro titoli dopo il termine di 15 giorni a contare dalla trascrizione; 2.° In garantire, dopo un termine stabilito, il nuovo proprietario, che à fatto notificare il suo contratto a'creditori inscritti, dalla vendita all'incanto e dalle conseguenze che volessero esercitare contro di lui in virtù della loro ipoteca, purchè paghi i creditori inscritti. Dal che ne conchiude, che la formalità della trascrizione richiesta dall'art. 865 serve per liberare gl'immobili da'privilegi ed ipoteche anteriori alla donazione, e perciò le parole, *da qualunque persona interessata*, si riferiscono a questi creditori anteriori, e non già a' creditori posteriori e terzi acquirenti, non potendo il donante ipotecare o alienare dopo la donazione un immobile che per effetto del consenso era irrevocabilmente passato nel dominio del donatario, giusta gli art. 632, 862, 1428 e 2076.

È notevole che Grenier nel trattato *delle ipoteche*, n. 359 à replicato alla confutazione fatta da Toullier alla sua dottrina.

Entrato in carriera il Duranton, non à portato alla controversia alcuno schiarimento. Egli nel t. 8, n. 514 e seg. va più in là del sistema della Corte di Cassazione e di Grenier, poichè ritiene che la mancanza di trascrizione può opporsi non solo da'creditori ipotecari e terzi acquirenti a titolo oneroso, ma anche da' creditori chirografari e dal donatario posteriore.

Da ultimo Troplong, *hypot.*, n. 904 accenna di tenere sulla quistione una opinione contraria a quella del Toullier.

Si rileva dalle cose fin qui discorse, che tutta la quistione deriva dalla discordanza dei dotti sugli effetti della trascrizione, discordanza che non avrebbe avuto luogo, se dalle discussioni del consiglio di stato si rilevasse di essere l' effetto che gli art. 2075, 2076, attribuiscono alla trascrizione, lo stesso per le donazioni e per la vendita. In questa oscurità conviene interpetrare la legge con i principj generali della materia, e col sistema di pubblicità stabilito nell'interesse de'terzi. Ecco sul proposito le nostre osservazioni.

Secondo gli art. 26 e 28 del codice di brumajo anno 7, l'alienazione volontaria di un immobile non trasferiva la proprietà all'acquirente, che mediante la trascrizione; che fino all'adempimento di questa formalità, il venditore era reputato, almanco nell'interesse dei terzi, d'aver conservata la proprietà dell'immobile donato; che potea di nuovo alienarlo, che poteva contrattare nuovi debiti, ed ipotecare gl' immobili venduti. Sotto questa legislazione quindi la trascrizione era non solamente necessaria per giungere a purgare le ipoteche; essa lo era eziandio per ispogliare il venditore ed investire l' acquirente della proprietà dell'immobile.

Il codice civile cangiò questo sistema, poichè essendosi con gli art. 632 e 1428 stabilito che il contratto di alienazione trasferisce la proprietà, non si potevano accordare alla trascrizione altri effetti che quelli di purgare l'immobile dalle ipoteche impressevi. Il principio stabilito nell'art. 2076 che il venditore non poteva trasferire all'acquirente dritti maggiori di quelli che avea sulla cosa, menava alla conseguenza che il venditore non poteva imporre alcun peso sulla cosa ch'era uscita dal suo dominio.

Laonde era indubitato secondo il codice civile, che il contratto di alienazione trasferiva

intero per la mancanza di accettazione o di trascrizione delle donazioni; salvo

esso solo la proprietà dell'immobile alienato; che la trascrizione nulla aggiungeva al dritto di proprietà.

Questa teorica à ricevuto maggiore sviluppamento dalle nostre *leggi civili*. Non contento il legislatore di avere stabilito negli art. 632, 1428, 2076 il principio che la proprietà si trasferisce col contratto di alienazione, e che la trascrizione è una formalità da adempiersi da colui che à volontà di purgare la proprietà dalle ipoteche esistenti sull'immobile, à aggiunto coll'art. 2081 (nuovo nelle leggi civ.) che fra due compratori è preferito il primo, quantunque non avesse trascritto.

Conviene ora esaminare, se gli effetti della trascrizione stabiliti nelle alienazioni a titolo oneroso sieno applicabili alle donazioni. Il sig. Terrible, membro del Tribunato e che è autore dell'art. *trascription* inserito nel rep. di Merlin, si esprime così, nel § 3, n. 5. » Il codice civile non à subordinato il trasferimento della proprietà verso i terzi, alla » formalità della trascrizione, *che nel solo caso in cui il titolo traslativo sia una dona-* » *zione tra vivi*. La mancanza di trascrizione, à dichiarato l'art. 931 (865) potrà essere » opposta da tutte le persone interessate, eccetto tutta via quelle che anno l'obbligo di far » eseguire la trascrizione, o i loro aventi causa, od il donatore ».

E se non fosse così, e dovessero intendersi le parole, *qualunque persona interessata*, nel senso di Toullier, per i creditori del donante anteriori alla donazione, a che l'art. 941 del codice francese avrebbe fatto una eccezione pel *donante*, e l'art. 865 delle leggi civili spiegato *degli eredi* del donante medesimo? Dippiù, l'aver l'art. fatto un' altra eccezione per gli *aventi causa* di colui ch'era obbligato a far eseguire la trascrizione, e non avendo ripetuta questa eccezione *per gli aventi causa* del donante, chi non vede che agli aventi causa del donante la legge à voluto accordare il dritto di opporre la mancanza della trascrizione? L'art. 2081 che attribuisce al solo contratto di vendita l'effetto di operare la trasmissione della proprietà col solo contratto, anche nell'interesse de' terzi, importa che non si applica al contratto di donazione, i cui effetti nell'interesse de' terzi sono regolati dall'art. 865.

Laonde pare dimostrato, che gli *aventi causa* del donante a titolo oneroso possono opporre la mancanza di trascrizione; val dire i creditori ipotecari, i compratori che non sono risponsabili del fatto del donante, e non già legatari, i creditori chirografari, i donatari.

In quanto a'creditori ipotecari e terzi acquirenti a titolo oneroso è ad essi che secondo Merlin e la Corte di cassazione compete la eccezione della mancanza di trascrizione, e tale è in realtà lo spirito della disposizione dell'art. 685, come l'à dichiarato Jaubert nel passo che or ora riporteremo; e questa dottrina prende argomento dall' art. 1026.

I legatari universali o a titolo universale stanno in luogo di eredi, e quindi sono respinti dal testo dell'art. 865. I legatari a titolo particolare quantunque fossero interessati a opporre la mancanza di trascrizione, pure nol possono, perchè non ammessibili ad esercitare azioni che non competevano al defunto. Rimane quindi in discussione, se i creditori chirografari ed un secondo donatario possono opporre la mancanza di trascrizione.

In quanto a' creditori chirografari, la Corte di Grenoble con decisione de' 17 giugno 1822 (Sirey, 1823, 2, 273) giudicò di non potere i medesimi opporre la mancanza di trascrizione, perchè l'art. 865 è un corollario dell'art. 863 che prescrivendo la trascrizione de' *beni capacità d' ipoteca*, à in mira i soli creditori ipotecari. *Contra*, Delvincourt, e Duranton, t. 8, n. 517.

In quanto ad un secondo donatario, Duranton t. 8, n. 515 crede contro Grenier, che può opporre la mancanza di trascrizione, perchè è nel numero delle persone interessete a prevalersi della mancanza di trascrizione. Questa opinione è respinta da' motivi dell' art. 865. Ascoltiamo il sig. Jaubert. « Se un donatore poco curante della sua riputazione ipotecò, vendette effetti donati qual sarà il destino de'creditori ipotecari e de'terzi acqui- » renti? Egli è per impedire tale conflitto tra il donatario ed i creditori o gli acquirenti » posteriori del donatore, che il progetto vuole che tutti gli atti che costituiscono irrevo- » bilità della donazione fossero trascritti all'ufizio delle ipoteche; che la mancanza di trai » scrizione possa essere opposta da ogni persona interessata; che non vi sien eccettuat- » che quelli che sono incaricati di far fare la trascrizione o i loro aventi causa o il donato- » re; *ciò che comprende si necessariamente i donatari posteriori, i cessionari e gli eredi* » *del donatore*. Locré, 5, p. 352, n. 44.

Da questo passo dell' oratore del tribunato si raccoglie, che il codice à inteso di favorire gl' interessi de' creditori ipotecari e degli acquirenti a titolo oneroso; *i donatari posteriori* non possono opporre la mancanza di trascrizione. Il donatario secondo deve stare al fatto del suo autore, nè in suo favore si trovano i motivi de'terzi acquirenti a titolo oneroso. Nella concorrenza di un donatario che non à trascritto e di un acquirente a titolo oneroso posteriore al donatario, la legge à considerato che il terzo è stato ingannato

ad essi il regresso contra i loro tutori o mariti, se compete. Non saranno restituiti nè pure nel caso che i tutori o i mariti fossero insolvibili (1).

867. La donazione tra vivi non potrà comprendere se non i beni presenti del donatore: se comprende beni futuri, sarà nulla quanto a questi (2). Eccezione negli art. 871, 1039, 1048.

dal donante, ed il donatario che non à trascritto si è renduto complice della sua mala fede. Il terzo *certat de damno vitando*: il donatario *certat de lucro captando*. Ma quando sono due donatari, il secondo deve rispettare il fatto del suo autore che non poteva trasmettergli un dritto che non avea. Per la qual cosa noi crediamo di essersi ben deciso dalla Corte Suprema di Giustizia di Napoli con arresto de' 15 dicembre 1831 (*causa Bellucci e Bellucci*) che nella concorrenza di due donatari è preferito il primo, quantunque non abbia trascritto. Il motivo dell'arresto si è che l'art. 2081 preferendo il primo, compratore che non à trascritto al secondo che à trascritto, vi è la stessa ragione nel concorso di due donatari. Noi non adottiamo questo motivo, poichè l'art. 2081 è sotto la rubrica *degli effetti della trascrizione*, e se gli effetti della trascrizione per la vendita volessero applicarsi alle donazioni, allora non si potrebbe sfuggire il sistema di Toullier che cioè la mancanza di trascrizione non può opporsi neanche da' terzi acquirenti e creditori ipotecari posteriori alla donazione, ma da' soli creditori ipotecari anteriori.

Noi crediamo però, che se la seconda donazione fosse a contemplazione di matrimonio si potrebbe opporre la mancanza di trascrizione. Un matrimonio contratto sotto la fede di una donazione senza della quale non si sarebbe conchiuso colpisce gl' interessi di una nascente famiglia, e merita gli stessi favori di un' alienazione a titolo oneroso.

Questa discussione ci mena a conchiudere: 1.° Che gli effetti della trascrizione della donazione non sono gli stessi di quella della vendita; 2.° Che la mancanza di trascrizione può opporsi da' creditori ipotecari del donante e da quelli che ànno a titolo oneroso acquistato dal donante; 2.° Che i creditori chirografari ed il secondo donatario non possono opporre la mancanza di trascrizione; 3.° Che se la donazione seconda si fosse fatta a contemplazione di matrimonio, si potrebbe opporre la mancanza di trascrizione della prima.

(1) Non si riserva espressamente in questo articolo a' pubblici stabilimenti il regresso contro gli amministratori incaricati dall' art. 864 a far eseguire la trascrizione; ma non bisogna da ciò conchiudere che simili stabilimenti sarebbero restituiti in intero per la mancanza di accettazione o di trascrizione. Essi non possono essere trattati più favorevolmente de' minori; la legge mette nello stesso livello gli uni e gli altri, che anzi in taluni casi è più favorevole a' minori: così la prescrizione non corre contro i minori, art. 2158, e contro gli stabilimenti pubblici sì, art. 2133. Ed è perciò che Jaubert disse nel suo rapporto al tribunato: « il progetto tace sul regresso da doversi esercitare contro gli amministratori: » rispetto ad essi basta la risponsabilità annessa a' loro doveri ». Locré 5, p. 352, n. 44.

(2) Le leggi romane permettevano le donazioni universali de' beni presenti e futuri; questo provano molto a lungo e con più testi Cujacio, sulla l. 35, C. *de donationibus*, Perezio, Cod. tit. *de donat.*, n. 18, e Voet, *ad pandectas*, lib. 39, tit. 5, n. 10 — Ma secondo l'art. in esame le donazioni non possono comprendere che i beni presenti del donante. L'irrevocabilità, senza la quale per l'art. 814 non vi è donazione, si oppone a ciò che una donazione tra vivi possa comprendere di beni futuri; la donazione sarebbe nulla riguardo a questi beni, ma resterebbe ferma in quanto a' beni presenti: *utile per inutile non vitiatur*.

Conviene intanto per non errare nell'applicazione, definire quali sono i *beni futuri* che non possono formare oggetto di donazione tra vivi. Sono quelli che il donante non possiede, e su' quali non à dritto, nè azione pura o condizionale onde pretenderli o sperarli: Maleville sull' art. 943 (867). Se quindi il donante dona un fondo che non possiede, ma sul quale à un'azione per revindicarlo, è una donazione di beni presenti, poichè *qui actionem habet ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur*, l. 15, ff. de R. J. Lo stesso dicasi se la donazione comprende un fondo sul quale il donante abbia dritto subordinato ad una condizione sospensiva o risolutiva.

Può essere altresì oggetto di una donazione tra vivi una somma pagabile su' beni presenti del donante, ma dopo la sua morte. Il donante trovasi obbligato irrevocabilmente nel momento dell' atto, e solo la esecuzione n'è rimessa all' epoca della sua morte. Nè si opponga che il donante potrebbe dissipare i beni, non potendo l'impossibilità di eseguire l' obbligazione per insolvibilità del debitore rifluire sulla forma della stipulazione. Grenier, n. 7; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 133; decis. della cass. di Parigi del dì 8 luglio 1822, Sirey, 22, 1, 434 — Ma se la donazione riguardasse una somma *da prendersi su' beni che io lascerò in mia morte*, sarà valida? Grenier, nelle prime due edizioni del trattato *delle donazioni*, n. 7, sostenne la negativa, per la ragione che il donante non sarebbe personalmente obbligato come nel caso precedente, ma che lo sarebbero soltanto i suoi beni per effetto di una semplice *assegnazione*. Ma nella 3. ediz. n. 7, *bis* à modifica-

54

V. gli art. 871, 1050, 1127.

868. Sarà nulla qualunque donazione tra vivi fatta sotto condizioni, la cui esecuzione dipende dalla sola volontà del donante (1).

869. Sarà parimente nulla, se è stata fatta sotto la condizione di soddisfare ad altri debiti o pesi, fuori di quelli che esistevano all'epoca della donazione, o che fossero espressi, sia nell'atto di donazione, sia nello stato che dovrà esservi annesso (2).

---

to la sua opinione, sostenendo che dalle circostanze della causa dipende il conoscere se il donante volle piuttosto indicare un termine per la soddisfazione della donazione, anzi che una stretta limitazione de' beni i quali dovessero servire alla sua esecuzione. Così pensa pure Duranton, t. 8, n. 458.

(1) Nelle donazioni tra vivi vi sono tre specie di condizioni a considerare: 1.° Condizioni che si reputano non iscritte a'termini dell'art. 816, e delle quali abbiamo discorso nella nota 1, pag. 369 2.° Condizioni le quali annullano le donazioni, a'termini di questo art.; 3.° Condizioni, l'inadempimento delle quali produce la rivocazione delle donazioni, art. 878.

Dovendo qui discorrere delle condizioni che producono la nullità delle donazioni, è mestieri osservare che le condizioni le quali si oppongono alla massima *donare e ritenere non vale*, ossia al principio della irrevocabilità delle donazioni, annullano la donazione. Or le condizioni che dipendono dalla sola volontà del donante opponendosi al principio della irrevocabilità delle donazioni, annullano la donazione. Non vi sarebbe obbligazione per parte del donante che à subordinato la donazione ad una condizione che dipende dalla sua volontà: *nulla promissio potest consistere*, *quae ex voluntate promittentis statum capit*, l. 108 ff. *de verb. obl.*, ed art. 1127.

Da ciò deriva che nel caso che il donante si abbia riservato il dritto di disporre di una cosa compresa nella donazione o di una determinata somma su' beni donati, se egli muore senza averne disposto, la cosa o la somma apparterrà agli eredi del donante, non ostante qualunque clausola o stipulazione contraria, art. 870. La ragione si è, che quando può il donante alterare gli effetti della donazione mediante la sola sua volontà, si reputa questa cosa come se non fosse stata donata.

Deve attentamente osservarsi che la nullità della donazione à luogo se la condizione dipende dalla *sola volontà* del donante, ossia se la condizione è *potestativa* per la sua parte, art. 1123. Se la condizione fosse potestativa per parte del donatario, la donazione sarebbe valida, perchè gli effetti della donazione non dipenderebbero dalla *sola* volontà del donante.

Similmente se la condizione non è *potestativa*, ma *casuale* o *mista* giusta gli art. 1122 e 1224, la donazione non sarebbe nulla, poichè la sua esecuzione non dipende dalla *sola* volontà del donante, nè sarebbe colpita dall'effetto della massima *donare e ritenere non vale*. Grenier, n. 22; Toullier, t. 5, n. 271; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 134; Duranton, t. 8, n. 475.

Questi principî sono indubitati. Solo nell'applicazione è surta qualche controversia tra i dottori, controversia che prende origine dal non essersi bene considerata la natura delle diverse condizioni apposte negli atti. Così i dottori sono discordanti sulla quistione, se fosse nulla una donazione fatta sotto condizione, se il donante si liberasse dalla malattia da cui nel momento della disposizione era preso. Grenier, n. 10 e Toullier, t. 5, n. 274 reputano come nulla la donazione fatta sotto questa condizione, non perchè la condizione dipenderebbe dalla sola volontà del donante; ma perchè la trasformano in una donazione a causa di morte, secondo la l. 1, ff. *de donat. mortis causa*, la quale non è più autorizzata. Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 134, e Duranton, t. 8, n. 478 si oppongono a tale decisione per gravi motivi. In Roma la donazione tra vivi era irrevocabile, e quella a causa di morte per sua essenza era rivocabile (vedi la nota 1, pag. 364): da ciò risultava la importanza della distinzione tra queste due specie di atti, e la necessità pel giudice di andare ricercando se il donante avesse avuto intenzione di preferirsi al donatario, o in altri termini, se avesse disposto a causa di morte. Presentemente che non si riconoscono, almeno in generale, le donazioni rivocabili, l'unica disamina è, se la donazione sotto la condizione, *se io mi ristabilisca dalla malattia dalla quale sono travagliato*, dipenda dalla *sola* volontà del donante. Or questa condizione non è potestativa per parte del donante, poichè non dipende da lui il riacquistar la salute. La condizione è dunque *casuale*, art. 1122, avverata la quale à un effetto retroattivo, art. 1132.

(2) È questa disposizione una conseguenza del principio della irrevocabilità delle donazioni tra vivi. Una donazione che obbligasse il donatario a pagare debiti non espressi nell'atto di donazione non sarebbe irrevocabile, perciocchè il donante conserverebbe la facoltà di annullare la donazione, assorbendola di debiti. Similmente, se la donazione fosse fatta col peso di pagare de' debiti che il donante contrarrà fino alla concorrenza di una

870. Nel caso che il donante si abbia riservata la facoltà di disporre di una cosa compresa nella donazione, o di una determinata somma su i beni donati, se

certa somma, la donazione sarà nulla fino alla concorrenza di questa somma, quando anche il donante non avesse contratto debiti, perciocchè avendo avuto la facoltà di diminuire l'effetto della sua donazione fino alla concorrenza di questa somma, essa non era per questo riguardo irrevocabile. Toullier, t. 5, n. 226.

La condizione di soddisfare i debiti esistenti all'epoca della donazione, o quelli che fossero espressi nella donazione essendo permessa, perchè non si oppone alla irrevocabilità, produce la conseguenza che i creditori acquistano un'azione personale contro il donatario, secondo il principio consacrato nell' art. 1075. Ed abbiamo osservato nella nota all' art. 814, pag. 366 in princ., che il donatario non può rifiutare più la donazione accettata per liberarsi da' pesi.

Ma se la condizione di pagare i debiti non è espressa nell'atto, e la donazione fosse stata fatta in termini universali (vedi la nota all' art. 814) i donatarî tra vivi sono o no tenuti per legge a pagare i debiti del donante esistenti all'epoca della donazione, in proporzione del valore de' beni donati? Per regola generale di dritto, niuno è tenuto a pagare i debiti altrui, fuorchè in virtù della legge o della convenzione. L' obbligo di pagare *pro rata* i debiti del defunto viene dalla legge imposto agli eredi *ab intestato* ed a' legatarî universali ed a titolo universale, art. 791, 792, 935. Quest'obbligo dagli art. 1038 e 1040 viene esteso agli eredi per contratto, essendo le istituzioni per contratto vere successioni anomale. Riguardo alle donazioni puramente tra vivi, l'art. in esame fa dipendere l'obbligo di pagare i debiti da una condizione imposta nell' atto di donazione: in mancanza del patto non vi è alcuna disposizione di legge che obbliga il donatario a pagare *ipso jure* i debiti del donante Ed in effetti i creditori non avrebbero azione ad agire contro il donatario, poichè la legge non li autorizza ad agire contro il donatario del loro debitore. Una obbligazione personale di un uomo vivente non si trasmette in virtù della legge ad un' altra persona, stantechè le obbligazioni personali sono annesse alla carne ed alle ossa del debitore, *inherent personae nostrae*, *quadammodo cuti nostrae ossibusque nostris*. Ed è perciò che la trasmissione degli obblighi personali non può aver luogo se non colla nostra morte, nelle persone de' successori a titolo universale.

Discussa in tal modo la quistione secondo le mere regole del dritto, pure bisogna risolvere la quistione a favore del donante, che cioè l' obbligazione del donatario di pagare i debiti se non è fondata sulla legge, lo è *sulla presunzione della volontà del donante*, presunzione ragionevole e fondata sulla ragione e sulla giustizia, come ne convengono Grenier, n. 90, Toullier, t. 5, n. 817 e 818, Duranton, t. 8, n. 472 e 473. Colui che dona la metà del suo patrimonio gravato di debiti, si presume di aver donata la metà di ciò che rimane, dedotto ciò che non gli appartiene. Questa presunzione è fondata sulla massima *bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno*, l. 39, § 1 ff. *de V. S.*, massima che riceve la sua appplicazione anche nelle donazioni tra vivi. Cujacio sulla l. 37, ff. *de usu et usufructu per legatum vel fideicom relic.* insegna: *deductio aeris alieni etiam IN DONATIONIBUS INTER VIVOS locum habet.*

Laonde, l'obbligazione del donatario di beni presenti di contribuire al pagamento dei debiti del donante, non essendo espressamente stabilita dalla legge, ma essendo fondata sulla presunzione della volontà del donante, può ritenersi in principio:

1.° Che se la somma de' debiti che dovrà soddisfare il donatario, sarà stata specificata nell' atto di donazione, bisogna stare alla convenzione, quantunque la somma de' debiti fosse minore o maggiore della porzione de' beni donati. S'intende già de' debiti esistenti all'epoca della donazione, poichè l'obbligo di pagare i debiti posteriori annullerebbe la donazione, giusta l'art. 869.

2.° Che se in mancanza di ogni clausola riguardante i debiti, il donante li avesse già pagati senza dimandar cosa alcuna a tal riguardo al donatario, o avesse a lui rilasciati i beni senza far alcuna riserva pe' debiti, in questi fatti si rileva l'intenzione del donante di non far sopportare al donatario l'obbligazione di pagare parte de' debiti, obbligazione fondata sulla presunta volontà del donante.

3.° Relativamente a' creditori del donante, essi ànno l'azione personale contro il donatario, quando costui è gravato a' termini dell' art. in esame, de' debiti, poichè l' art. 1075 permette di stipulare a favore di un terzo, quando sia tale la condizione di una donazione che si fa ad altri. Ma se il donante non à fatto del pagamento de' suoi debiti una condizione o un peso della donazione, i creditori ànno un' azione personale contro il donatario cui il donante à rilasciato i beni? Grenier, n. 90, e Duranton, t. 8, n. 472, n. 3, sostengono l'affermativa, pel motivo che l' art. 1119 dà al creditore la facoltà di esercitare tutt' i dritti e tutte le azioni del loro debitore. Per lo contrario Toullier, t. 5, n. 818 in fine osserva ragionevolmente, che i creditori non possono avere azione personale contro il do-

egli muore senza averne disposto, la cosa o la somma apparterrà agli eredi del donante, non ostante qualunque clausola e stipulazione contraria (1).

871. I quattro articoli precedenti non si applicano alle donazioni, delle quali si fa menzione ne'capitoli VIII e IX di questo titolo.

872. Qualunque atto di donazione di cose mobili non sarà valido se non per quelle delle quali uno stato estimativo sottoscritto dal donante, o dal donatario, o da chi accetti per lui, sia stato unito alla minuta della donazione (2).

V. gli art. 526 e 944.

873. È permesso al donante di riservare per sè, o a vantaggio di un altro, il godimento o l'usufrutto de'beni mobili o immobili che ha donati.

V. gli art. 526 e 542.

874. Quando la donazione de'beni mobili sia stata fatta con riserva di usufrutto, venendo questo a cessare, sarà tenuto il donatario a ricevere le cose donate che esistono nella loro specie, nello stato in cui si trovano, ed avrà azione contra il donante o suoi eredi per le cose che mancano, sino alla concorrenza del valore che fu determinato nello stato estimativo (3).

---

natario, perchè nè la legge, nè la convenzione loro la concedono. Nè vale l'opporre l'art. 1119, per la ragione, che se il donante non à aziono contro il donatario quando non à fatta la deduzione de' debiti prima di rilasciaro i beni donati, come potrebbero i suoi creditori esercitare un'azione che non compete al loro creditore? *Quia igitur sive bona, sive res, sive bonorum rerumve pars donata sit, ante omnia deducitur aes alienum, et res aere alieno solutae donatario praestantur, consequens est eum non respondere creditoribus donatoris*, dice Cujacio sulla l. 37, ff. *de usu et usufructu per legatum datis* — Pare adunque che i creditori del donante possono soltanto esercitare l'azione rivocatoria, se fosse stata fatta la donazione in frode de' loro dritti, quantunque il donatario non avesse partecipato alla frode.

(1) Vedi la nota 1, pag. 426, per la ragione della disposizione di questo art. Qui solo aggiungiamo che nell'antica legislazione era molto controvertito, se la parte de'beni che il donante si avesse riserbato di disporre, non disponendone, dovesse spettare al donatario o agli eredi del donante. La ricevuta opinione era che agli eredi del donante si appartenesse. De Franchis, decis. 45 e 600 cum de Luca; Cardinal de Luca, *de dote*, dis. 208, n. 2.

(2) Su questo articolo sono notevoli le seguenti riflessioni.

1.° Che lo stato estimativo nella donazione di cose mobili dev'essere annesso all'atto di donazione, quante volte avessero le parti della donazione voluto stendere un atto; ma se la donazione de'mobili è manuale, non richiede un atto e molto meno lo stato estimativo: vedi la nota alla pag. 417, n. II, 4.°

2.° La mancanza dello stato estimativo non può opporsi quando il donante à fatto la tradizione delle cose donate: questo punto è per altro controvertito, come osservammo nella nota 2, pag. 333, e qui aggiungiamo che la Corte Suprema di Napoli con arresto del dì 17 giugno 1841 (causa *Capano* e *Rizzi* à deciso per la nullità della donazione. Il contrario era stato deciso con arresto de'22 settembre 1835 (causa *Viti* e *Viti*).

3.° Che l'obbligazione di unire alla minuta dell'atto di donazione di cose mobili uno stato estimativo, non si applica agl'immobili per destinazione, sebbene cose mobili di loro natura. L'art. in esame con le espressioni *cose mobili* non intende gli immobili per destinazione, art: 439, 447 e 46. Grenier, n. 171; Toullier, t. 5, n. 184: Duranton, t. 8, n. 407;

3.° Che l'art. in esame neppure è applicabile alle donazione de'mobili incorporali, come una rendita un credito: siffatta rendita o siffatto credito porta con se la sua estimazione. Grenier, n. 178; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 92; Toullier, t. 5, n. 182; Duranton, t. 8, n. 408.

Ma la donazione de'mobili incorporali se è perfetta col consenso delle parti, non può ricevere la sua esecuzione in faccia a'terzi prima di esser notificata, art. 1536; donde consegue, che una seconda donazione notificata al debitore, sarebbe preferita ad una donazione di data anteriore, ma non notificata, art. 1095; che il debitore sarebbe liberato per mezzo del pagamento al creditore originario, fatto prima della notificazione; che i creditori del donante potrebbero sequestrare i dritti donati tra le mani del debitore in pregiudizio del donatario, la cui donazione non fosse stata notificata. Grenier, n. 173; Toullier, t. 5, n. 183.

(3) Questo art. à per oggetto di determinare come si esegua la donazione di effetti mobili con riserva di usufrutto. Potrebbe dedursi dalla sua compilazione che accorda al donatario *azione contra il donante o i suoi eredi per le cose che mancano, sino alla concor-*

875. Il donante potrà stipulare la riversione delle cose donate per sè e i suoi eredi, nel caso che il donatario morisse senza prole in qualunque tempo (1).

876. Il donante potrà stipulare la riversione delle cose donate, tanto nel caso che premuoia il donatario solo, quanto nel caso che premuoiano il donatario ed i suoi discendenti. Tale stipulazione non potrà farsi, che a beneficio del solo donante (2). V. l'art. 1136.

877. L'effetto del diritto di riversione sarà di sciogliere tutte le alienazioni de'beni donati e di farli ritornare al donante franchi e liberi da ogni peso ed ipoteca; a riserva però della ipoteca della dote e delle convenzioni matrimoniali, quando gli altri beni del donatario non bastino, e nel caso soltanto che V. gli art. 1136 e 2011.

---

renza del valore che fu determinato nello stato estimativo, che l'estimazione de' mobili donati con riserva di usufrutto, li mette a rischio e pericolo del donante, poichè egli non ne deve il prezzo che quando non può presentarli in natura alla fine dell'usufrutto; e Proudhon, *de l'usufruit*, n. 2644 ne conchiude, che se la perdita è cagionata da vetustà o da caso fortuito va a carico del donante, poichè, egli dice, basta che i mobili non sieno *esistenti* alla fine dell'usufrutto, perchè deve renderne conto del valore, e l'art. non fa alcuna distinzione tra i mobili distrutti per accidente o per fatto del donante. Ma ci sembra meglio fondata la opinione di Duranton, t. 8, n. 470, il quale senza far parola della dottrina di Proudhon, insegna che la perdita de' mobili per caso fortuito e senza colpa del donante o suoi eredi, dispensa costoro dall'obbligo di pagare il valore, per argomento degli art. 514, 540, 541, 1256 e 1380. Un donante con riserva di usufrutto non potrebbe a ragione essere trattato più sfavorevolmente di un venditore sotto la stessa riserva o di qualunque altro usufruttuario.

(1) La riversione o il ritorno è un dritto in virtù del quale un donatore ricupera, per la morte del donatario, le cose che gli avea donate.

Questo dritto di ritorno può nascere dalla legge o pure dalla convenzione.

Abbiamo discorso della riversione *legale* nella nota 1, pag. 270 e seg. Qui conviene parlare del ritorno convenzionale.

Il ritorno convenzionale non è in opposizione con la regola generale della *irrevocabilità*, fondamentale in materia di donazione. Imperciocchè potendo le donazioni farsi sotto condizione sospensiva che sotto condizione risolutiva non dipendente dalla sola volontà del donante, il patto della riversione che costituisce una condizione risolutiva è in armonia con la natura della donazione, ed è perciò che il ritorno convenzionale à sempre avuto luogo nelle donazioni semplici. « Voi potete (dicono gl'imperadori Diocleziano e Massimiano, nella legge 2. C. *de donationibus quae submodo*), donare fra vivi, colla clausola che i beni vi ritorneranno dopo la morte del donatario ».

Secondo l'art. 951 del codice francese, uniforme al seguente nostro art. 876, la riversione eccceder non poteva la persona del donante, nè stipularsi in pro degli eredi; ma a beneficio della persona del donante si ammise la riversione, tanto nel caso il donatario gli premorisse senza prole, quanto se lasciando prole, questa morisse prima del donante. Le nostre *leggi civili* ànno con l'art. in esame voluto dare una maggiore estensione al patto riversivo anche in pro degli eredi del donante, ma nel solo caso che il donatario morisse senza lasciar prole. Non si potrebbe quindi stipulare la riversione in pro degli eredi del donante, se il donatario lasciasse prole, perciocchè simile disposizione conterrebbe una sostituzione vietata. Il donatario morendo senza prole, gli eredi del donante possono profittare della riversione senza incorrersi nella sostituzione, poichè il ritorno non è in favore di terze persone, ma degli eredi in generale, ancorchè fossero estranei. Ma quando il donatario lascia prole, i beni non potrebbero ritornare agli eredi del donante, mentre la proprietà essendo passata nel capo de'figli del donatario nella qualità ereditaria di costui, la trasmissione della proprietà dal capo de' figli del donatario è regolata dal dritto comune.

(2) In continuazione di quanto si è detto nella nota precedente, si comprende facilmente perchè questo art, permette a favore del solo donante la stipulazione della riversione, tanto nel caso che premuoia il donatario, quanto nel caso che premuoiano il donatario ed i suoi discendenti. Così, se la riversione siesi stipulata pel caso in cui premuoia il donatario, la donazione sarà risoluta per effetto della sua morte, anche se lasciasse figli. In questo caso la donazione non è nella sua essenza che una disposizione dell' usufrutto a favore del donatario. Toullier, t. 5, n. 286; Grenier, n. 32.

Nel patto della riversione pel caso della premorienza del donatario e della sua discendenza, non si reputano compresi i figli naturali del donatario, nè i figli adottivi nati dopo

la donazione gli sia stata fatta nello stesso contratto matrimoniale da cui risoltano tali diritti ed ipoteche (1).

SEZIONE II.

Delle eccezioni alla regola delle irrevocabilità delle donazioni tra vivi.

878. La donazione tra vivi non potrà rivocarsi, se non per causa d'inadem-

---

la donazione. La legge stessa non comprende i figli naturali affin di operare la rivocazione per sopravvegnenza di figli, art. 885; e per ciò che riguarda l'adozione tutti sono di accordo che l'adoziono non produce la rivocazione per sopravvegnenza di figli. Non dev'essere in potere del donatario d'impedire con un simil fatto che s' impedisca il dritto di riversione. Duranton, t. 8, n. 488 e 489. Dalloz, v. *adoption*.

(1) I. La stipulazione della riversione produce lo stesso effetto di tutte le condizioni risolutive: *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*, regola rifermata nell'art. 2011, da cui dipende la disposizione di questo articolo.

L'articolo però rattempera il rigore delle conseguenze della riversione riguardo a'dritti acquistati da'terzi, in favore della moglie del donatario per assicurare la restituzione della dote e delle sue convenzioni matrimoniali. Questa eccezione è giustificata dal favore dovuta a' matrimoni e dalla presunzione che il donante abbia voluto contribuire a garantire la dote e le convenzioni matrimoniali. Da ciò nasce che la legge stabilisce questa eccezione in favore della moglie del donatario, *purchè la donazione gli sia stata fatta nello stesso contratto matrimoniale*: donde consegue: 1.° Che i beni donati al marito sia prima, sia dopo il contratto di matrimonio, debbono ritornare al donante franchi e liberi dalle ipoteche della moglie; 2.° Che una seconda moglie non potrebbe avere ipoteca su' beni donati nel contratto di matrimonio che abbia avuto luogo tra suo marito e la costui prima moglie, a meno che il donante non vi acconsentisse espressamente: ma allora, osserva Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 146, l' ipoteca non sarebbe più legale, e rimarrebbe sottoposta, in quanto alla sua validità e suoi effetti, alle regole concernenti le ipoteche convenzionali, se non a riguardo dello stesso donante, a meno rispetto a' suoi creditori.

È da avvertirsi che l' art. che accorda alla moglie del donatario una ipoteca legale su' beni soggetti alla riversione, non vieta un patto in contrario; ed in conseguenza le parti potrebbero convenire che i beni non andrebbero soggetti alla ipoteca della moglie del donatario. Toullier, t. 5, n. 289; Grenier, n. 38. E noi aggiungiamo, che ogni qual volta il legislatore vuole concedere ad una delle parti un dritto contrario alla convenzione, à avuto la cura di aggiungere queste parole: *non ostante ogni stipulaziono contraria*, o altre simili, art. 890, 1221, 1418, 2520, 2126.

Ma nel caso in cui la moglie si trova nella disposizione dell' art. in esame, la sua ipoteca su' beni soggetti al ritorno convenzionale à luogo, *quando i beni del donatario non bastano*; o in altri termini, la sua ipoteca è sussidiaria. Donde consegue:

1.° Che se il marito donatario abbia avuto altri beni proprl su quali la moglie avrebbe potuto esercitare i suoi dritti, e non à curato di conservare su questi beni la sua ipoteca, non può rivolgersi su'beni soggetti alla riversione, non dovendo il donante risentir danno dall'altrui negligenza. Toullier, t. 5, n. 290; Grenier, n. 37; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 146.

2.° Che il donante non è obbligato di anticipare le spese della escussione de' beni del donatario; perciocchè se l'art. 1895 obbliga il fidejussore a fare quest'anticipazione, l'è perchè essendo obbligato personalmente, invoca la escussione del debitore principale come un beneficio. Or non può dirsi che il donante sia nel caso di un mallevadore. Duranton, t. 8, n. 495.

II. Verificato il dritto di ritorno, il donante o i suoi eredi nel caso della riversione a loro favore autorizzata dall'art. 875, ricupereranno *ipso jure* i beni, o ànno bisogno di domandare la rivocazione in giudizio? Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 145, dice che il donante riprende i suoi beni di pieno dritto. Toullier, t. 5, n. 292 e 293 insegna con ragione che la rivocazione dev' essere domandata in giudizio egualmente che la rivocazione per inadempienza di qualunque altra condizione risolutiva, art. 1137, innanzi al giudice della situazione de'beni o del domicilio del reo convenuto, art. 151 p. c.

L' azione per esercitare il dritto di ritorno dura 30 anni, come tutte le azioni, art.

pimento delle condizioni colle quali è stata fatta ; per causa d' ingratitudine ; per la sopravvegnenza de'figli (1).

Per gli altri casi di rivocazione, vedi gli art. 670, 875, 876, 1050.

2168. I terzi detentori con titolo e buona fede prescrivono con dieci anni fra presenti e venti fra gli assenti, art. 2171. I dieci anni cominciano dal dì dell'acquisto, ancorchè non fosse avvenuto lo scioglimento del dritto del donatario, salva l'azione per indennità contro i rappresentanti del donatario. Invano si oppone la massima, *contra agere non valentem non currit praescriptio*, e l'art. 2163, poichè il donante non era nella impossibilità di agire, potendo fare atti conservatori contro i terzi detentori, giusta l'art. 1133. D'altronde l'art. 2163 riguarda un credito dipendente da condizione, ma non è applicabile alla prescrizione della proprietà, come ne convengono i giureconsulti citati nella nota alla pag. 182, n. II, e Duranton nel caso in esame, t. 8, n. 496.

(1) Indipendentemente dalla riversione convenzionale, di cui è parola negli art. 875 e 876, le donazioni tra vivi si rivocano per tre cause generali, in questo articolo indicate: 1.° Per inadempimento delle condizioni; 2.° Per ingratitudine; 3.° Per sopravvegnenza dei figli. Fermiamoci ad esaminare la causa della rivocazione per *inadempimento delle condizioni*.

Dicemmo nella nota 1, pag. 426, che in una donazione si ponno apporre delle condizioni che producono effetti diversi. Vi sono delle condizioni che si reputano non iscritte, perchè contrarie alla legge ed a' buoni costumi, art. 816. Vi sono delle condizioni delle quali la sola inserzione annullano la donazione, e di queste condizioni abbiamo discorso nella detta nota. Vi sono in fine delle condizioni lecite che debbono osservarsi, e l'inadempimento per parte del donatario produce la rivocazione della donazione. Dell' inadempimento di queste ultime condizioni parla l'articolo in esame.

Le donazioni, come le convenzioni, dipendono unicamente dalla volontà de'contraenti, così che possono aggiungervi quelle condizioni che giudicano a proposito. L'obbligazione è condizionale, quando si fa dipendere la medesima da un avvenimento futuro ed incerto, art. 1121. E la condizione si divide in sospensiva e risolutiva. È *sospensiva* quella che sospende l'esistenza medesima dell'obbligazione, in guisa che non può essere eseguita se non dopo l'adempimento della condizione, art. 1134. La condizione risolutiva è quella che non sospende l'esistenza, nè l'esecuzione dell'obbligazione, ma quella che produce la rivocazione dell'obbligazione quando viene a verificarsi, e rimette le cose per l'avvenire nel medesimo stato, come se l'obbligazione non si fosse contratta, art. 1136. Or osserva bene Toullier, t. 5, n. 278, che la voce *condizione* di cui è parola nell'articolo in esame riguarda le sole condizioni *risolutive*, poichè se la donazione fu subordinata ad una condizione *sospensiva*, fino a che non si è verificata la condizione, il donatario non avea che un dritto eventuale, una semplice speranza, e la donazione non poteva essere eseguita che dopo l'adempimento della condizione.

E poichè l'art. in esame risguarda la rivocazione per inadempimento delle *condizioni risolutive*, è da osservarsi che qui la voce *condizione* è presa nel più esteso senso, e comprende tutt'*modi*, i *pesi* che il donante à imposti al donatario, come condizioni della sua liberalità. Bene speso in giurisprudenza sotto la voce *condizione* si comprende *il modo* (*) che si distingue dalla condizione in quanto che non sospende l'adempimento nè la esecuzione della convenzione, ma è un peso del contratto che dev' essere adempito dopo l'esecuzione della convenzione. Che anzi l'art. in esame intende propriamente parlare dell'inadempimento de' pesi imposti al donatario, pesi che formano una parte integrante del contratto di donazione: *pacta adjecta contractibus insunt, actionemque formant*, dicono le leggi romane (**). I pesi adunque fanno parte del contratto, il loro inadempimento ne produce lo scioglimento, anche quando non siasi stipulato. Essi ne sono una condizione tacita, ed il donante può avvalersi delle facoltà che gli accorda l'art. 1137.

Un'ultima osservazione si è, che non bisogna confondere i motivi di una donazione con le condizioni o i pesi. « Bisogna nelle donazioni far molta differenza tra i motivi che dai » donatori si esprimono come cagioni della loro liberalità, e le condizioni che vi si ap» pongono. Poichè la mancanza di una condizione annulla la donazione condizionata ; » per lo contrario sempre sussiste la donazione, sebbene non trovansi veri i motivi che » vi sono espressi. Laonde, se dicasi in una donazione, che sia stata fatta per servigi » prestati, o per facilitare al donatario un acquisto che voleva fare, la donazione non sa» rà annullata, sebbene non vi sieno servigi prestati, e non si faccia l'acquisto ; poichè

(*) *Modus est lex certa quae imponitur dationi rei...modus est causa vel conditio quae sequi praestationem potest. Nam modus saepe appellatur conditio.* Cujacio, su la l. 72, ff. *de condit. et demonstrat.* in *quest. Papin.* t. 1, coll. 471.

(**) L. 8, § 7, ff. *de condit. inst.*; l. 21, § 3, ff. *de annuis legatis*; l. 71, § 1, ff. *de condict. et demonst.* Vinnio, nel trattato *de pactis*, cap. 9 e 11.

V. gli art. 1136, 2011 e 2023.

879. In caso di rivocazione per l'inadempimento delle condizioni, i beni ritorneranno in potere del donante libero da qualunque peso ed ipoteca che provenga dal donatario: ed il donante avrà contro i detentori degl'immobili donati tutti i diritti che avrebbe contra il medesimo donatario (1).

880. La donazione tra vivi (2) non potrà rivocarsi per ingratitudine, fuorchè ne'seguenti casi:

» rimane sempre la volontà assoluta di colui che à donato, e che à potuto avere altri mo» tivi diversi da quelli che à espressi. Ma se si fosse detto che la donazione non è fatta » se non colla condizione dell'impiego per un tale acquisto, come per comprare una cari» ca, e la carica non si sia poi comprata, la donazione allora non avrà effetto ». Domat, parte 1, lib. 1, tit. X, sez. 1, n. 39.

È rilevante adunque l'indagare quando una clausola costituisce un motivo o una condizione. L'ignoranza degli estensori degli atti bene spesso lascia delle incertezze sulla volontà de'contraenti non solo, ma benanche si adoperano delle espressioni che menano alla idea di aver il donante voluto legare la sua volontà ad una condizione, mentre tutt'altro era il suo pensiero. In questo stato di cose i giudici debbono con le regole della interpetrazione indagare quale sia stata la volontà de'contraenti, anzi che attenersi al senso letterale delle parole, art. 1109. *In conventionibus contrahentium voluntas potius quam verba spectari placuit*, l. 219, ff. *de* V. S. Ma se la volontà delle parti trovasi nell'atto bene manifestata, sarebbe arbitraria ogni interpretazione: bisogna, non incontrandosi ambiguità sulle parole, intenderle nel senso che loro attribuisce l'uso generale, ancorchè colui che à contratta l'obbligazione pretendesse di averle inteso in un altro senso. *Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio*, l. 25, § 1, ff. *de leg.* Ed aggiunge energicamente Cujacio (sulla l. 83, ff. *de* V. O. t. 2, opp. *prior. coll.* 1248) *quod si contractuum sermo ambiguus non est, ejus sensum sequemur, etiamsi contendat promissor se aliud sensisse.*

(1) I beni che ritornano al donante per effetto della inadempienza delle condizioni non rimangono gravati neanche per la ipoteca della dote della moglie del donatario. Imperciocchè questo articolo non lo esprime, come l'à detto l'art. 877 che si riferisce al caso della riversione; ed il silenzio della legge indica sufficientemente che debbe starsi alla regola generale. Delvincourt, lib. 3, tit. 4, cap. 2, sez. 4, § 2; Grenier, n. 210.

L'azione per la rivocazione à la durata del termine ordinario delle azioni di 30 anni, art. 2168, che cominciano a decorrere dal dì in cui il donante poteva procedere utilmente, art. 2163. Non è qui il caso di applicare l'art. 1258, poichè non si tratta di far rescindere il contratto, ma al contrario di agire per l'esecuzione. Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 150; Duranton, t. 8, n. 552.

Circa a' terzi detentori de' beni, con giusto titolo e buona fede, essi prescrivono con dieci anni fra assenti, art. 2171, e la prescrizione comincia a decorrere dal dì dell'acquisto, poichè il donante poteva fare atti conservatori per interrompere la prescrizione. Noi abbiamo veduto nella nota alla pag. 182, n. II, e nella nota alla pag. 431 in princ.; che l'art. 2163 non ragguarda al caso tra un proprietario ed un terzo detentore.

La legge passa sotto silenzio il modo della restituzione de'frutti nel caso di rivocazione della donazione per inadempimento di condizione. La risoluzione deve quindi dipendere da' principi generali sulla buona o mala fede. Se la condizione inadempita era potestativa per parte del donatario, egli deve i frutti percepiti dal dì in cui poteva adempiere la condizione. Se la condizione era casuale, i frutti non si debbono che dal dì in cui il donatario dovette conoscere l'avvenimento. I terzi poi debbono i frutti non prima della citazione. Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 150; Toullier: t. 5, n. 341 e 342.

(2) Meno quelle a contemplazione di matrimonio, art. 884.

Le donazioni scambievoli sono soggette a rivocazione per causa d'ingratitudine, poichè nelle donazioni tra vivi devesi presumere che l'amicizia che io ho pel donatario sia la molle principale che m'induca a donare, abbenchè vi concorra la speranza di profittare di quella ch'egli mi fa reciprocamente. Ma la rivocazione della donazione fatta al donatario ingrato, non produce quantunque Grenier, n. 218, ne dubitasse, la rivocazione della donazione dal colpevole d'ingratitudine fatta all'altro, poichè le due donazioni sono da considerarsi, allorchè una si rivoca per causa d'ingratitudine, come indipendenti tra loro, e sarebbe ingiusto di far soffrire al donatario innocente la pena del delitto del donatario colpevole, arg. degli art. 228 e 229; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 141; Toullier, t. 5, n. 329; Duranton, t. 8, n. 565.

La remissione di un debito può esser rivocata per causa d'ingratitudine, poichè è una vera donazione; l. 3, § 10 *de donat. inter vir. et uxor.*; Delvincourt, ibid., e Duranton, t. 8, n. 566.

1.° se il donatario abbia attentato alla vita del donante (1): V. l'art. 124, n. pp.

2.° se siasi reso colpevole verso di lui di sevizie, di delitti, o ingiurie gravi (2):

3.° se gli neghi gli alimenti (3).

881. La rivocazione per l'inadempimento delle condizioni, o per causa d'ingratitudine, non avrà mai luogo *ipso jure*. V. l'art. 1136.

882. La domanda di rivocazione per causa d'ingratitudine dovrà essere prodotta dentro l'anno, a contare dal giorno del delitto imputato dal donante al donatario, o dal giorno in cui il donante abbia potuto averne notizia (4).

Questa rivocazione non potrà dimandarsi dal donante contra gli eredi del donatario, nè dagli eredi del donante contra il donatario, fuorchè se fosse stata in questo ultimo caso proposta l'azione dallo stesso donante, o fosse egli mancato di vita dentro l'anno del commesso delitto (5).

Le donazioni rimuneratorie, secondo Toullier, t. 5, n. 328 non sono soggette alla rivocazione per causa d'ingratitudine, perchè non sono donazioni propriamente dette. Con maggior fondamento altri giureconsulti sostengono che anche nelle donazioni rimuneratorie propriamente dette (vedi la nota alla pag. 367) vi à luogo a rivocazione in ciò ch'eccede l'ammontare de' servigi prestati e capaci di valutazione. Pothier, *donations*, sez. 3, art. 3; Grenier, n. 218; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 162; Duranton, t. 8, n. 567.

La rivocazione per causa d'ingratitudine è una pena che si pronunzia contro il donatario ingrato, e quindi colpisce la donna maritata o un minore: *in delictis neminem aetas excusat*, art. 1264.

La rivocazione però pronunziata contro la donna maritata non conferisce al donante il dritto di togliere al marito il godimento che avea su' beni della moglie, perciocchè per l'art. 883 la rivocazione per una colpa personale del donatario non può togliere il dritto su' beni donati acquistato da' terzi. Pothier, *donations*, sez. 3, art. 3, § 2; Grenier, n. 219; Duranton, t. 8, n. 563.

(1) Non si richiede che sia stato condannato per questo attentato, come lo vuole l'art. 648 quando si tratta di dichiarare indegno l'erede: il donatario che ripete unicamente il suo dritto dalla liberalità del donante, è sembrato al legislatore più colpevole che l'erede, il quale ripete il suo dritto dalla parentela col defunto e dalla legge. Grenier, n. 212; Toullier, t. 5, n. 331; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 153; Duranton, t. 8. n. 556.

(2) Questa disposizione è tratta dalla l. ult. C. *de revocand. donat.* così concepita: *Generaliter sancimus, omnes donationes lege confectas, firmas, illibatesque manere, si non donationis acceptor ingratus circa donatorem inveniatur, ita ut injurias atroces in eum effundat, vel manus impias inferat, vel jacturae molem et insidiis suis ingerat, quae non levem censum substantiae donatoris imponat, vel vitae periculum aliquod ei intulerit.* Quindi dipende dalle circostanze la disamina, se le sevizie, le ingiurie, i delitti che si attribuiscono al donatario sieno tali da far pronunziare la rivocazione.

(3) La l. 1, Cod. *de donat. quae sub modo*, accordava la rivocazione della donazione quando il donatario rifiutava al donante gli alimenti promessi nel contratto di donazione; ed i dottori quistionavano se la rivocazione della donazione poteva pronunziarsi per avere il donatario negati al donante gli alimenti che non eran stati promessi nel contratto: Domat, lib. 1, tit. 10, sez. 3, n. 8 — Il codice à fatto sparire ogni difficoltà; che anzi la disposizione di questo 3 comma dell'art. si riferisce al caso in cui gli alimenti non si sieno promessi col contratto, poichè se erano stati promessi, la loro somministrazione costituisce una condizione il cui inadempimento produce la rivocazione, e bisogna applicare i principî degli art. 878 e 879 relativi alla rivocazione per inadempienza delle condizioni. Grenier, n. 213; Toullier, t. 5, n. 333.

(4) L'azione di rivocazione per causa d'ingratitudine non può essere intentata quando vi è remissione espressa o presunta per parte del donante. La remissione espressa risulta dalla riconciliazione tra il donante e il donatario, l. 11, § 1, ff. *de injuriis et famos. libell.*, e § ult. Inst. *de injuriis*; arg. dell'art. 223. Toullier t. 5, n. 235; Duranton, t. 8, n. 561. — La remissione è presunta, secondo il testo dell'articolo presente, quando il donante non à proceduto dentro l'anno dal dì del commesso delitto o da quello in cui abbia potuto averne notizia.

(5) Le azioni d'ingiurie sono inerenti alla persona tanto attivamente che passivamente, e per tal motivo si estinguono colla morte di una di esse: *actionem ita personalem*

883. La rivocazione per causa d'ingratitudine non pregiudicherà nè alle alienazioni fatte dal donatario, nè alle ipoteche ed altri pesi reali che egli abbia potuto imporre sulle cose donate; purchè tutto ciò sia avvenuto prima che l'estratto della domanda di revocazione sia stato inscritto al margine della trascrizione ordinata nell'articolo 863 (1).

---

esse volumus, ut vindicationis, id est, vindictae tantum habeat effectum, nec in haeredem detur, nec tribuatur haeredi, diceva la legge 7, C. *de revocand donat* — Ma se l'art. in esame vieta per tal motivo al donante di *domandare* la rivocazione contro gli eredi del donatario, non vieta però di proseguire il giudizio contro gli eredi, se la domanda era stata proposta contro il donatario: *omnes actiones quae morte aut tempore pereunt, semel inclusae judicio salvae permanent*, l. 139, ff. *de reg. jur.* Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 157; Duranton, t. 8, n. 561.

(1) Per regola generale la risoluzione del titolo annienta i dritti imposti sulla cosa da colui il cui dritto è risoluto: *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*, massima rifermata nell'art. 2011. Donde nasce adunque che la rivocazione della donazione per causa d'ingratitudine non produce l'effetto di annullare i dritti reali imposti sulle cose donate dal donatario? Qui è il luogo di esaminare il fondamento della massima *resoluto jure dantis*, per conoscere in quali casi è o pur no applicabile.

Niuno può trasferire dritti maggiori di quelli che à egli stesso, l. 54, ff. *de reg. jur.*; ma del pari niuno può cangiar volontà in pregiudizio altrui, l. 75, ff. *de reg. jur.* Combinando queste due regole di equità naturale possono conciliarsi tutte le quistioni che potrebbero derivare dalla regola *resoluto jure dantis*.

Quando un contratto che avea trasferito la proprietà di un immobile è rescisso, fa d'uopo distinguere il caso in cui la risoluzione è necessaria ed inerente al contratto, *ex causa antiqua et necessaria*, e quello nel quale la causa della risoluzione è una conseguenza diretta della volontà dell'acquirente, *ex causa volontaria*. Nel primo caso, quando cioè la risoluzione viene fatta per una *causa necessaria*, le ipoteche costituite dopo il contratto svaniscono: nel secondo caso, le ipoteche ed i dritti reali sussistono, affinchè il debitore non possa estinguerle a suo talento. Questa distinzione è tratta dalla l. 3, ff. *quib mod. pign. vel hypot. solv. Si res distracta fuerit sic, nisi intra certum diem meliorem conditionem venditor invenisset, fueritque tradita, et forte emptor, antequam melior conditio offerretur, hanc pignori dedit, finitur pignus, meliore conditione allata; quamquam ubi sic res distracta est, nisi emptori displicuisset, finiri pignus non putem.* La glosa ne assegna la ragione, QUIA IN DEBITORIS ARBITRIO *esse non debet, an res sit obbligata, necne.*

Laonde le ipoteche ed i dritti reali conferiti da colui il cui dritto è risoluto svaniscono, quante volte la risoluzione proviene dall'evento di una condizione prevista, di una causa stipulata nel contratto, o determinata dalla legge: i terzi in questi casi potevano prevedere la causa della risoluzione dal titolo che doveano farsi esibire. Ed è perciò che l'art. 2011, uniformemente alla massima *resoluto jure dantis*, stabilisce che coloro che non ànno sull'immobile che un dritto sospeso da una condizione, o soggetto ad esser risoluto in casi determinati, o ad esser rescisso, non possono contrarre se non una ipoteca sottoposta alle medesime condizioni o alla stessa rescissione. Questo principio riceve applicazione ne' casi determinati dagli articoli 784, 846, 877, 879, 888, 1044, 1050, 1690, 2023, 2077, n. 1.°, i quali pronunziano la risoluzione de' dritti conferiti da colui il cui dritto è risoluto, perchè la risoluzione proviene *ex causa antiqua et necessaria*. Ma quando la risoluzione accade per effetto della volontà diretta ed immediata del possessore, i dritti reali sussistono, poichè della causa della risoluzione non esiste il germe nel contratto, nè poteva esser preveduta da' terzi, o come dice la glosa *in debitoris arbitrio esse non debet an res sit obligata, necne*. Da ciò nasce che rifiutata una eredità, ed indi nuovamente accettata, l'erede deve rispettare le alienazioni ed i dritti costituiti *medio tempore* dal curatore all'eredità giacente, art. 385 e 707. Proudhon, *de l'usufruit*, n. 2481 e 2482; Delvin., lib. 3, tit. 4, nota 160; Grenier, *hypot.* n. 350; Troplong, *hypot.* n. 465.

È una conseguenza di questi principi, che i dritti reali costituiti dal donatario non rimangono risoluti per la rivocazione della donazione a causa d'ingratitudine, rivocazione che à luogo *ex causa volontaria*. La l. 7, Cod. *de revoc. donat.* decideva che dopo pronunziata la rivocazione gli atti fatti dal donatario eran nulli; ma il codice considerando che i terzi potevano ignorare la rivocazione, à voluto che gli atti fatti dal donatario prima della iscrizione della domanda di rivocazione al margine della trascrizione della donazione, sien validi — Se la donazione non era stata trascritta dal donatario, il donante, osserva Toullier, t. 5, n. 325 può far iscrivere l'estratto della sua domanda sul registro delle trascrizioni; ma sarebbe meglio se facesse egli trascrivere la donazione per notarvi al

Nel caso di rivocazione il donatario sarà condannato a restituire il valore delle cose alienate, avuto riguardo al tempo della domanda, ed i frutti raccolti dal giorno della stessa domanda. V. gli art. 474 e 475.

884. Le donazioni a contemplazione di matrimonio non saranno rivocabili per causa d'ingratitudine (1).

885. Tutte le donazioni tra vivi fatte da persone che non avevano figli o discendenti viventi al tempo della donazione, di qualunque valore esse sieno, e per qualunque titolo fatte, ancorchè fossero vicendevoli o rimuneratorie, e quelle pure che fossero state fatte a contemplazione di matrimonio da qualunque altra persona, fuorchè dagli ascendenti a' conjugi, o da' conjugi stessi l'uno all'altro, sono rivocate *ipso jure* per la sopravvegnenza di un figlio legittimo del donante, benchè postumo, o per la legittimazione col susseguente matrimonio di un figlio naturale nato dopo la donazione (2). V. l'art. 2023. V. l'art. 253.

---

margine la domanda di rivocazione, ed in questo caso, dice bene Duranton, t. 8, n. 570, dovrebbe il donatario restituirgli quanto abbia speso per la trascrizione, la quale era un peso del donatario.

(1) Pel motivo che i terzi non debbono essere vittima della ingratitudine del donatario, si è stabilito che le donazioni a contemplazione di matrimonio non sono rivocabili per l'ingratitudine del donatario. L'interesse delle famiglie esige che il delitto del donatario non può autorizzare l'annullamento di un atto sotto la fede del quale una novella famiglia si è stabilita.

(2) Dobbiamo esaminare: 1. Il fondamento della rivoçazione delle donazioni per sopravvegnenza di figli: 2. Quali donazioni sono soggette a rivocazione per sopravvegnenza di figli; 3. Per soppravvegnenza di quali figli si opera la rivocazione; 4. Come si opera questa rivocazione e quali ne sono gli effetti.

Primo—Fondamento della rivocazione per sopravvegnenza di figli—La famosa l. 8, *si unquam* Cod. *de rev. donat.* pronunziava la rivocazione per sopravvegnenza di figli a favore del padrone che trovavasi di aver fatto una donazione al suo liberto. La presunzione che un uomo non si sarebbe giammai indotto a donare i suoi beni ad estranei se avesse preveduto che avrebbe de' figli, diede luogo a questa celebre legge. Fu una grave controversia tra gl'interpetri del dritto romano, se il beneficio della legge *si unquam* era ristretto a' soli padroni e si estendesse a tutte le persone indistintamente, ma nel nostro foro la interpetrazione estensiva *translata sit in mores*, come à ampiamente trattato il cardinal de Luca *de donat.* Disc. XX, XXII e LXXI.

Quando in Francia si venne alla compilazione del codice civile, la sezione di legislazione del consiglio di Stato propose un articolo così concepito: « la sopravvegnenza di figli non opererà la rivocazione delle donazioni, salva la riduzione alla quota disponibile. » Messo a discussione questo articolo, s'impegnò una viva discussione tra i membri del consiglio di Stato, e l'articolo proposto fu sostenuto da Treilhard e da Bigot-Préameneu, pel motivo che il donatore à dovuto prevedere al momento della donazione, che potrebbe maritarsi un giorno, e che questa considerazione non avendolo trattenuto, non è giusto di ammetterlo a farla valere in seguito, per cangiare la situazione del donatario, il quale à potuto maritarsi sulla fede della donazione. Ma Maleville, Cambacérès, Portalis e Regnaud impugnarono il progetto, insistendo per ammettersi il principio dell'antica giurisprudenza. Non è presumibile, diceva Cambacérès, che un donatore abbia voluto preferire un estraneo a'suoi proprii figli; che anzi deve riputarsi di aver fatto la liberalità sotto la condizione che sarebbe nulla se diverrebbe padre. Questa condizione, aggiungeva il console, era attaccata tacitamente a tutte le donazioni; che vi sarebbe stata troppo durezza a ligare irrevocabilmente un donatore, che nella sua giovinezza avea potuto disporre troppo indiscretamente. Ed aggiungeva Portalis di replica alla obiezione di Tronchet sulla rivocazione di pieno dritto e sulla durata dell'azione di 30 anni, che *la rivocazione essendo stabilita in favore de' figli, e questi figli non potendo far valere da loro stessi i loro dritti al momento della nascita, è necessario che le legge veglia per essi, e loro assicuri i suoi benefizi.* Queste ragioni prevalsero, e rigettato l'articolo proposto dalla sezione, fu redotto nel modo come giace. Locré 5, p. 258 e 259.

Laonde, conosciuto il fondamento della rivocazione della donazione per sopravvegnenza di figli, si spande molta luce sulla intelligenza di questo articolo e de' seguenti di questa sezione.

Secondo — Quali donazioni sono soggette a rivocazione per sopravvegnenza di figli — Sono soggette a rivocazione *tutte le donazioni tra vivi, qualunque sia il loro valore*, dice l'art. in esame, cioè:

886. Questa rivocazione avrà luogo, ancorchè il figlio del donante o della donatrice fosse già conceputo al tempo della donazione.

887. La donazione sarà parimente rivocata, anche quando il donatario

1.° Le donazioni celate sotto la forma di un contratto oneroso essendo vere donazioni (vedi la nota 3, pag. 385) sono soggette a rivocazione. Decisione della corte di Tolosa de'9 gennaio 1821, Sirey 21, 2, 242; della cass. di Parigi de' 6 novembre 1832, Sirey, 1832, 1, 801.

2.° La remissione gratuita e diretta di un debito, la quale è una pura liberalità, l. 3, § 10. ff. *de donat. inter vir. et uxor.* Pothier, *donations* sez. 3, art. 2, § 1; Toullier, t. 5, n. 312; Grenier, n. 188; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 165; Duranton, t, 8, n. 593.

3.° La donazione de'dritti successivi fatta da un coerede a profitto di un coerede o di tutt' i coeredi, non che la rinuncia gratuita fatta a profitto di uno o più de' coeredi, arg. dell' art. 697; Duranton, t. 8, n. 594;

4.° Le donazioni fatte a' poveri di un comune, ad un corpo morale qualunque, poichè la legge non distingue. Pothier, *donations*, sez. 3, art. 2, § 1; Duranton, t. 8, n. 595.

5.° Le donazioni *di qualunque valore* sono pure soggette alla rivocazione; ma non si è dubitato che i piccoli doni di cose mobiliari non sono colpiti dalla rivocazione. Pothier, *donations*, sez. 3, art. 2, § 1; Grenier, n. 185; Toullier, t. 5, n. 311; Duranton, t. 8, n. 589.

La legge comprende nella rivocazione le donazioni *vicendevoli* da noi definite nella nota alla pag. 367 in principio. Ma per la rivocazione della donazione fatta da colui al quale sopravvengono figli, quella che a lui sia stata fatta dall' altro è rivocata egualmente? Io lo credo, risponde Pothier *ibid.*, giacchè avendo costui donato in considerazione della donazione a lui fatta, essendo la medesima rivocata, è cessata la causa per la quale avea donato: in conseguenza avvi luogo alla ripetizione di cui si parla nel titolo del digesto *de condictione sine causa.* Delvincourt, lib, 3, tit. 4, nota 166 opina per lo contrario che le due donazioni essendo distinte, sebbene soggette alla stessa condizione risolutiva, la condizione avverandosi solo relativamento ad una donazione, l' altra non può esser rivocata: la stessa dottrina fu sostenuta da Grenier del trattato delle donazioni, n. 187. Ma Toullier, t. 5, n. 308 alla cui opinione si è uniformato Grenier nell' ultima edizione, n. 187 bis, e Duranton, t. 8, n. 590, preferiscono la dottrina di Pothier, e trovano ragionevolmente in sostegno della medesima un argomento nell'art. 229, il quale conserva al conjuge che à ottenuto la separazione gli utili accordatigli dall' altro conjugo, quantunque fossero accordati reciprocamente, e la reciprocità non abbia più luogo: questa disposizione concepita in forma di eccezione, sembra annunciare che negli altri casi, la rivocazione di una delle donazioni reciproche debba annullare l' altra (*).

Le donazioni *remuneratorie* (vedi la nota alla pag. 367 in principio) sono pure dall' art. in esame sottoposte alla rivocazione per sopravvegnenza di figli. S' intende già che qui il legislatore parla delle donazioni rimuneratorie dettate dalla semplice riconoscenza, e non già di quelle con le quali il donante non fa che soddisfare ad un debito civile, pagando i servigi che potrebbero dar luogo ad un' azione in giudizio; giacchè le donazioni di questa specie sono a titolo oneroso sino alla concorrenza del valore de' servigi, che ànno il solo nome della liberalità. Pothier, *donations*, sez. 3, art. 2, § 1; Grenier, n. 188; Toullier, t. 5, n. 186; Delvin., lib. 3, tit. 4, nota 167; Dur., t. 8, n. 591 e 592.

Le stesse donazioni che il donante avesse fatto a contemplazione di matrimonio sono rivocate, e l' art. in esame ne eccettua le donazioni fatte dagli ascendenti a' conjugi, e quelle da' conjugi stessi l' uno all' altro. La prima di queste eccezioni era inutile ad esprimersi, perciocchè la rivocazione avendo luogo quando il donante non a' figli, è indubitato che nel caso di una donazione al figlio, la rivocazione non trova luogo per la nascita di altri figli. Del resto, osserva bene Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 170, si avrebbe potuto credere che la sopravvegnenza di un novello figlio dovesse annullare la donazione, e l' art. allontanando ogni dubbio à stabilito la negativa.

La seconda eccezione, quella cioè della irrevocabilità delle donazioni fatte a contemplazione di matrimonio (**) da' conjugi l' uno all' altro è giustissima. La rivocazione è

(*) Si è deciso diversamente nel caso di ingratitudine, perchè la colpa del donatario ingrato non merita favore: vedi la nota 2, pag. 432.

(**) Osserva Duranton, t. 8, n. 574, nota 4, che la donazione fatta ad una donna di poi sposata dal donante, ma che non fu fatta a *contemplazione di matrimonio di uno de' conjugi all' altro* è sottoposta alle regole generali.

Lo stesso autore propone n. 587 la quistione e risolve di non esser rivocabili per soppravvegnenza di figli le donazioni fra conjugi durante il matrimonio.

Non comprendiamo come di ciò possa farsi quistione, quando l' art. 1050 dispone testualmente la irrevocabilità.

fosse entrato nel possesso de' beni donati, ed il donante l' avesse lasciato continuare nel medesimo possesso dopo la sopravvegnenza del figlio.

Il donatario però non è tenuto a restituire i frutti raccolti, di qualunque

fondata, come abbiamo osservato al principio di questa nota, sulla presunzione che il donante non avrebbe donato se avesse pensato di aver figli un giorno. Or questa presunzione cessa nel caso della donazione fatta al conjuge, non potendo dirsi che un uomo maritandosi avesse creduto di non aver figli. D' altronde i figli troveranno nella successione del donatario i beni donati.

Questa disposizione à dato luogo ad una quistione. Un uomo maritandosi fa a sua moglie una donazione di beni presenti (*), senza patto di riversione. La moglie muore senza figli, ed i beni donati passano a' suoi eredi. Il conjuge vedovo si rimarita ed à figli del secondo matrimonio. La donazione sarà o no rivocata? Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 169, Grenier, n. 199 e Dalloz, v. *donations*, cap. 5, sez. 3, mentre convengono che la negativa risulta dal testo dell' art. in esame, pure opinano per la rivocazione, fondandosi su' motivi dell' art. medesimo. Il donante, secondo essi, à potuto avere l' intenzione di spogliarsi a favore della madre de' figli che avrebbe, ma non è giammai da presumersi che la sua intenzione fosse stata quella che i suoi beni passassero ad estranei, in pregiudizio de' figli ch' egli avesse potuto avere in seguito. Per quanto fossero gravi queste ragioni, la interpetrazione proposta sembra arbitraria, e crea una causa di rivocazione che non è nella legge. La donazione à potuto essere una delle cause principali determinanti del matrimonio, ed essendosi dalla moglie acquistato dritto su' beni donati, li à trasmessi irrevocabilmente a' suoi eredi. Così fu deciso dalla cass. di Parigi sulle conclusioni di Merlin (*quistions de droit* v. *rivocation des donations*) con arresto del di 29 messidoro anno XI, anteriore alla pubblicazione del codice, approvato da Toullier, t. 5, n. 310, e da Duranton, t. 8, n. 582.

Terzo — *Per soppravvegnenza di quali figli si opera la rivocazione* — Onde possa rivocarsi la donazione tra vivi è necessario che nel momento in cui fu fatta il donante *non aveva figli o discendenti viventi*. Poco importa di averne avuti per l' innanzi; la presunzione della legge termina coll' esistenza attuale de' discendenti. Ed è da notarsi che malgrado l' art. in esame dica in plurale *figli o discendenti*, tuttavolta non vi è dubbio che l' esistenza di un solo figlio o discendente al momento della donazione farebbe ostacolo alla rivocazione, poichè non è senza figli colui che ne à un solo. *Non est sine liberis cui unus filius, unave filia est: haec enim enunciatio* HABET LIBEROS, NON HABET LIBEROS, *semper plurativo numero profertur, sicut pugillares et codicilli*; l. 148, ff. *de* V. S. — Ed è costante in giurisprudenza che bene spesso le parole al plurale s' intendono al singolare. Così, dice la l. 33, § 4, ff. *de cond. et demost.*, quando un testatore à legato i suoi due schiavi Stico e Pamfilo, ed uno de' due viene a morire o ad esser manomesso in vita del testatore, l' altro schiavo non sarà meno dovuto al legatario. Così pure il singolare non è esclusivo del plurale, l. 158, ff. *de* V. S.

Un figlio adunque *vivente* al tempo della donazione esclude la rivocazione per sopravvegnenza di altri figli. Qui la parola *vivente* è nel senso di *nato*, e perciò l' art. 886 dichiara che la rivocazione à luogo per la nascita del figlio conceputo al momento della donazione: la regola che il figlio conceputo si reputa nato à luogo *quoties de ejus comodis agitur*. Or l' interesse del figlio conceputo è di rivocarsi la donazione, e d' altronde il donante à potuto ignorare la gravidanza della moglie.

Il figlio deve nascere *vitale* per rivocarsi la donazione, altrimenti si reputerebbe come se non fosse giammai esistito, e quindi non avrebbe acquistato nè trasferito alcun dritto; arg. degli art. 236, 646, 822. Toullier, t. 5, n. 298; Grenier, n. 202; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 171 e 172; Duranton, t. 8, n. 576: vedi la nota 2, pag. 251.

Stabiliti questi principî, esaminiamo ora per sopravvegnenza di quali figli si opera la rivocazione della donazione:

1.° Per la sopravvegnenza di un figlio *legittimo*, benchè postumo ossia nato da un matrimonio che produce gli effetti civili, art. 189.

Se il figlio è nato da un matrimonio *putativo* (nota 2, pag. 51) si conviene da tutti, che avendo i due conjugi o il solo donante agito in buona fede, la rivocazione à luogo, poichè per l' art. 191 il matrimonio annullato produce in questo caso gli effetti civili. Ma se il conjuge donante abbia contratto in mala fede il matrimonio da cui è nato il figlio, la donazione rimane rivocata? Tre opinioni si sono pronunziate su questa difficile quistione. Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 171 opina che la rivocazione non può essere ammessa nell' interesse del donante, poichè *nemo ex delicto suo debet emolumentum con-*

(*) La quistione non può elevarsi riguardo alle donazioni di beni futuri, o di beni presenti o futuri, le quali donazioni per l' art. 1048 divengono caduche per la premorienza del conjuge donatario.

natura essi sieno, se non dal giorno che gli sarà stata notificata con intimazione, o altro atto legale, la nascita del figlio, o la sua legittimazione col susseguente matrimonio: e ciò, ancorchè la domanda per rientrare nel possesso de' beni fosse stata prodotta dopo tal notificazione (1).

segui: avrebbe luogo nel solo interesse de' figli del donante, a' quali si dovrebbe aggiudicare la proprietà de' beni anche vivente il padre. Questa opinione non sembra ammessibile, poichè la rivocazione abbenchè stabilita nell' interesse de' figli, pure appartiene al solo donante, il quale può nuovamente disporre de' beni rientrati nel suo patrimonio, ed alienarli a titolo oneroso per l' intero, ed a titolo gratuito sino alla concorrenza della quota disponibile. Quindi se il figlio non può raccogliere i beni che formavano la donazione rivocata, che nella qualità di erede del padre, non può in nessun caso avere *jure proprio* i beni in vita del padre.

Duranton, t. 8, n. 586 convenendo nel principio di non potere i figli aver dritto su' beni donati, che *jure hereditario*, propone il sistema di ammettere i figli a sperimentare il dritto della rivocazione della donazione come eredi del padre, accettando la costui eredità. Ma questa dottrina a prescindere che si allontana da tutt' i principî di trasmissione della proprietà, è inconciliabile con lo stesso principio che serve di base alla conseguenza che ne ricava l'autore. Imperciocchè convenendo Duranton che il padre non potrebbe a causa del suo delitto sperimentare l' azione di rivocazione, come potrebbero i figli *jure hereditario* sperimentare un dritto che non competeva al loro autore?

La terza opinione è quella di Toullier, t. 5. n. 302 e di Grenier, n. 191. Questi autori sostengono con fondamento che la donazione non rimane rivocata, poichè la rivocazione essendo nell'interesse del donante, *nemo ex proprio delicto debet consequi emolumentum*. La donazione è soltanto riducibile alla quota disponibile, allorchè si apre la successione del donante. Questa dottrina è una conseguenza rigorosa de' buoni principii, nè può andare incontro a quelle difficoltà cui soggiacciono le opinioni degli altri autori. Ed in vero, il fondamento della rivocazione è di favorire gl' interessi de' figli, ma à luogo nel vantaggio del padre, il quale può distrarre i beni ritornati nel suo patrimonio. Dunque negando la rivocazione al padre si conciliano i due principî in siffatta materia: l' uno, che il padre non acquisti un dritto pel suo delitto: l' altro, che i figli nati da un matrimonio putativo contratto in buona fede dall' altro conjuge esercitano sulla successione del padre tutti i dritti di successione, tra quali quello di chiedere la riduzione della donazione, laddove nella successione non si trovino beni sufficienti a completare la riserva.

2.° I figli naturali nati *dopo* la donazione o legittimati col susseguente matrimonio operano la rivocazione della donazione, dice l'art. in esame. Un figlio naturale nato prima della donazione o legittimato per susseguente matrimonio non darebbe luogo alla rivocazione, perciocchè se la esistenza di un figlio legittimo al momento della donazione ne impedisce la rivocazione, a più forte ragione il fatto della legittimazione di un figlio naturale nato prima della donazione non può operarne la rivocazione.

Limitando adunque la legge il benefizio della rivocazione per la sopravvegnenza de' figli legittimi e legittimati per susseguente matrimonio, ne seguo:

1. Che la legittimazione per rescritto del principe di un figlio naturale non produce la rivocazione.

2. Che l' adozione di un figlio è insufficiente a far rivocare una donazione: vedi la nota 5, p. 87. Ma se la donazione si rivocherà per la sopravvegnenza di figli legittimi, l'adottato dividerà con essi i beni rientrati nella successione dell' adottante, sulla quale à per l' art. 274 gli stessi dritti de' figli legittimi. Toullier, t. 2, n. 1011; Duranton, t. 3, n. 315, e t. 8, n. 581.

Una donazione fatta al figlio adottivo si rivoca per sopravvegnenza di figli legittimi o legittimati per susseguente matrimonio? La negativa a noi sembra consona alla lettera ed allo spirito del codice. Il figlio adottivo gode i medesimi dritti de' figli legittimi (art. 274 e nota 5, n. 87), e se la esistenza di un figlio legittimo al momento della donazione non produce la rivocazione della donazione fatta ad un estraneo per la sopravvegnenza di altri figli, come potrebbe rivocarsi la donazione fatta al figlio adottivo? L' adozione è una imagine della paternità, l'adottante sente por l'adottato sentimenti della più sincer'affezione, e la presunzione della legge che serve di fondamento alla rivocazione cessa quando la donazione viene fatta all'adottato ch' è in tutt' i dritti equiparato al figlio legittimo. È a riferirsi intanto che la Corte Suprema di giustizia di Napoli con arresto del dì 3 marzo 1836 (*causa Marrano c Marrano*) à deciso nel senso contrario.

Quarto. Come si opera la rivocazione e quali ne sono gli effetti. — La rivocazione si opera *ipso jure*, e sono una conseguenza di questo principio gli art. seguenti.

(1) I frutti si debbono dal donatario dal dì in cui gli è stata notificata la nascita del figlio del donante, ed i frutti percepiti prima di questo atto non si debbono restituire,

888. I beni compresi nella donazione rivocata *ipso jure* ritorneranno nel patrimonio del donante liberi da qualunque peso ed ipoteca che provenga dal donatario, e non potranno restare obbligati se non in sussidio per la restituzione della sola dote della moglie del donatario stesso, esclusi gli altri diritti dipendenti da convenzioni nuziali: e questo avrà luogo, ancorchè la donazione fosse fatta a contemplazione del matrimonio del donatario, e si fosse inserita nel contratto nuziale, ed ancorchè il donante si fosse obbligato come mallevadore nella donazione alla esecuzione del contratto nuziale (1). V. l'art 2011.

ancorchè fosse provato che il donatario sapeva la nascita del figlio, perciocchè si presume che il donante avesse rinunciato a' frutti scaduti dopo la nascita del figlio sino alla intimazione dell' atto. L'art. 890 vieta di rinunciarsi alla rivocazione della donazione, ma non vieta di rinunciarsi alla restituzione de' frutti. Toullier, t. 5, n. 321; Grenier, n. 208; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 180.

I terzi detentori non debbono i frutti che dal dì della domanda in revindicazione, art. 475, ed i citati autori.

(1) I. La disposizione di questo articolo è una conseguenza della massima *resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis*, da noi spiegata nella nota 1, pag. 434. La legge è talmente circospetta, che per impedire indirettamente la rivocazione, dichiara inefficace il patto della fidejussione stipulata dal donante a favore del donatario. La mallevaria è considerata come una conseguenza della donazione, e se sussistesse, sarebbe da parte del donante una rinuncia indiretta alla rivocazione, contro la disposizione dell' art. 890.

Toullier, t. 5, n. 316 e Maleville nell' art. 963 (888) sono di opinione, che la fidejussione prestata da una persona diversa dal donante è un contratto ordinario, che non è soggetto alla rivocazione per sopravvegnenza di figli. Noi crediamo questa dottrina contraria all' art. 1884 che dichiara insussistente la fidejussione, quando è insussistente l'obbligazione principale. È vero che lo stesso art. soggiunge, che può prestarsi la fidejussione per una obbligazione la quale possa essere annullata in forza di un' eccezione puramente *personale* all' obbligato; ma la donazione è rivocata non per effetto di una eccezione *personale* al donante, ma è la legge che pronunzia *ipso jure* la rivocazione.

II. La risoluzione del dritto del donatario risolve tutt' i dritti costituiti su' beni compresi nella donazione; il corrispondente art. 963 dichiarava espressamente che i beni donati non restavano obbligati *neanche sussidiariamente* per *la restituzione della dote*. Il nostro art. modificando in questa l'art. 963 del codice francese à stabilito, che i beni donati non potranno restare obbligati, *se non in sussidio* per *la restituzione della sola dote della moglie del donatario stesso*, *esclusi gli altri dritti dipendenti da convenzioni nuziali*. La causa dotale à sempre meritato la considerazione de' legislatori, e troviamo giustissima la disposizione del nostro art. che pel favore della dote del donatario stabilisce una ipoteca sussidiaria su' beni donati.

Qui cade in acconcio di esaminare, se la dote costituita rimane rivocata per la sopravvegnenza di figli del dotante. Per la risoluzione di questa quistione bisogna premettere taluni principî.

Per massima generale, il donante presumesi di aver voluto donare la cosa siccome la possiede e nel modo che potevagli appartenere; donde consegue che non è obbligato alla garantia della cosa donata, se non quando siesi per effetto del patto obbligato alla garantia, o quando avesse con mala fede donato una cosa che sapeva di non esser sua, l. 18, § ult. ff. *de donat.*, l. 2, C. *de evict.* — L' obbligo della garantia è inefficace nel caso della rivocazione per sopravvegnenza di figli, poichè la legge non à voluto che si potesse indirettamente impedire la rivocazione pronunziata *ipso jure*.

Nel caso della costituzione della dote, l' obbligo della garantia non deriva dal patto, ma dalla legge stessa, art. 1360; e per qual ragione? Perchè la costituzione della dote è un atto a titolo oneroso, quantunque costituita da chi non avea obbligo di dotare. Ed è notevole che mentre il dritto romano risguardava la dote come costituita a titolo oneroso per ciò che concerneva il marito *ad onera matrimonii sustinenda*, pure la C. 5, C. *de jure dotium* non accordava in tutt' i casi al genero l'azione di garantia contro il suocero, che quando eravi stata promessa di garantia, o quando la dote era data con istima, o quando il suocero avesse proceduto con frode. Allontanandosi da siffatte sanzioni, l'art. 1360 senza alcuna distinzione prescrive, che tutti coloro i quali ànno costituito una dote sono obbligati a garantirla.

Laonde l' obbligo della garantia inerente alla costituzione della dote esclude la rivocazione per sopravvegnenza di figli; o in altri termini, la costituzione della dote non può

Eccezione all' art. 1292.

889. Le donazioni in tal modo rivocate non potranno ricevere o avere di nuovo il loro effetto, nè per la morte del figlio del donante, nè per alcun atto che le confermi: e se il donante vuol donare gli stessi beni allo stesso donatario, sia prima o dopo la morte del figlio per la cui nascita è stata rivocata la donazione, nol potrà fare se non con una nuova disposizione.

890. Qualunque clausola o convenzione, con cui il donante avesse rinunciato al dritto di rivocare la donazione per la sopravvegnenza de' figli, sarà riputata come nulla e non produrrà alcun effetto.

V. l'art. 2148.

891. Il donatario, i suoi eredi, coloro che hanno causa da lui, o altri detentori delle cose donante, non potranno opporre la prescrizione per far valere la donazione rivocata per la sopravvegnenza de' figli, se non dopo il possesso di trent' anni che cominceranno a decorrere dal giorno della nascita dell' ultimo figlio del donante, benchè postumo: e ciò senza pregiudizio delle cause che per legge interrompono la prescrizione (1).

---

paragonarsi ad una mera liberalità, che rimane rivocata per sopravvegnenza di figli. Imperciocchè la domanda per rientrare nel possesso de' beni donati sarebbe respinta dalla eccezione *quem de evictione tenet actio*, *eumdem agentem repellit exceptio*.

Egli è vero, che tra gli antichi giureconsulti il Presidente Fabro, Cod. lib. 8, tit. 38, def. 2, sostenne la rivocazione della dote, opinione confutata da Voet, *ad pandectas*, lib. 89, tit. 5, n. 34; ma abbiamo visto che per dritto romano la garantia della dote non si dovea dal donante estraneo. Ora che la legge sottomette ogni dotante all' obbligo della garantia, ci sembra che la dote non è compresa nella rivocazione pronunziata dall' art. 885.

Ma l'art. in esame ci presenta un argomento decisivo per la irrevocabilità della dote. L' effetto della rivocazione della donazione per soppravvegnenza di figli è di risolvere tutt' i dritti reali che gravitano sulle cose donate, e pel codice francese anche i dritti dotali della moglie del donatario. Il nostro articolo dichiara, contro il disposto del codice francese, che i beni donati soggetti alla rivocazione *rimangono obbligati in sussidio per la restituzione della sola dote della moglie del donatario*. La legge adunque pel favore della causa dotale ritiene i beni che ritornano al donante obbligati per la restituzione della dote della moglie del donatario. Se la donazione rivocata non pregiudica i dritti della moglie per la restituzione della dote, come può supporsi poi che i beni costituiti in dote alla donna ritornano al donante per sopravvegnenza de' figli? E non sarebbe una contraddizione il ritenere, che la donazione fatta al marito è irrevocabile nell' interesse della moglie per la restituzione della dote, e che poi la dote costituita alla donna medesima sia rivocabile?

Che perciò crediamo ben fondata la decisione profferita dalla 3. camera della G. corte civile di Napoli nel dì 23 marzo 1840 (*causa Apollari*) con la quale fu giudicato di non rivocarsi per sopravvegnenza de' figli la dote costituita ad una donna da chi non avea obbligo di dotare. Per altro questa decisione è stata annullata dalla Corte suprema con arresto del dì 24 aprile 1841, a debole maggioranza di un voto, e contro le conclusioni del Pubblico Ministero.

(1) Si è voluto favorire talmente la causa della rivocazione per sopravvegnenza de' figli, che mentre per regola generale, per i terzi detentori la prescrizione di dieci anni fra presenti e venti fra assenti basta per acquistare la proprietà di un immobile, l' art. presente non solo vuole la prescrizione trentenaria, ma la fa decorrere del dì della nascita dell' ultimo figlio del donante: morto costui, e lasciando figli minori, la prescrizione è sospesa durante la minora età de' figli, art. 2158; Delvincourt, lib. 3, tit. 4, nota 177; Grenier, n. 207; Duranton, t. 8, n. 602.

La prescrizione sospesa a favore di un figlio minore non lo è egualmente sospesa pel maggiore, poichè il minore rileva il maggiore nelle materie indivisibili (nota 2, pag. 240), non già nelle divisibili. Merlin, v. *prescription*; Troplong *de la prescription*, n. 739.

FINE DEL PRIMO TOMO.

INDICE

DE' LIBRI, TITOLI, CAPITOLI ec.

DISPOSIZIONI PRELIMINARI.

LIBRO I.

DELLE PERSONE.

LIBRO II.

DE' BENI E DELLE DIFFERENTI MODIFICAZIONI DELLA PROPRIETA'

LIBRO III.

DE' DIFFERENTI MODI CO' QUALI SI ACQUISTA LA PROPRIETA'

TAVOLA ALFABETICA ED ANALITICA

DELLE

MATERIE CONTENUTE IN QUESTO PRIMO TOMO.

NOTA. *La cifra araba che viene dopo la lettera* a, *indica il numero dell'articolo; quella che viene dopo la lettera* n, *indica il numero della nota; e quello che viene dopo la lettera* p, *indica la pagina.*

(1) Nella nota alla p. 207 parlandosi della competenza dell'autorità ne' giudizi possessoriali riguardanti servitù su edificio di regio uso, di casa religiosa, si è omesso di notare che con rescritto de' 6 settembre 1833 si spiegò ciò che riguarda *giurisdizione* e *forme* nella materia di cui si occupa il decreto de' 6 giugno 1832 relativo alle servitù delle piazze da guerra. Si dichiarò quindi: 1. Che appartenga al tribunale civile di giudicare degli effetti legali della nunciazione di nuova opera e dell'azione in petitorio con le servitù di occupazione di suolo, di che parla il decreto de' 6 giugno 1832; 2. Che ogni giudizio intorno a tale materia si esegua con le *forme* comuni, che per tale specie di azioni sono determinate nelle leg. di proc. civ.

FINE DELLA TAVOLA DEL PRIMO TOMO.







